© CANADA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2000 PERMISSION TO REPRODUCE GRANTED TO HER MAJESTY IN RIGHT OF CANADA, AS REPRESENTED BY THE DEPARTMENT OF JUSTICE, ON 3RD. OF DECEMBER, 1996. ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENTS, THE DEPARTMENT OF JUSTICE ASSUMES NO RESPONSIBILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

REPRODUCTION IN WHOLE OR IN PART THROUGH MICROMEDIA IS PERMITTED, SUBJECT TO THE FOLLOWING RESTRICTIONS. TRANSLATIONS AND MODIFICATIONS ARE NOT PERMITTED.

ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENTS, NO REPRODUCTION BY MICROMEDIA SHALL SUGGEST THAT THE MINISTER OF JUSTICE ASSUMES ANY LIABILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street
Toronto, Ontario M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll Free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161
Email: info@micromedia.on.ca

LE PARTAGE DES POUVOIRS ET L'ANALYSE DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE MARIAGE

Par : ÉGALE Canada

Juin 2000

Ce document a été rédigé pour la Commission du droit du Canada sous le titre. *Division of Powers and Jurisdictional Issues Relating to Marriage*. Les points de vue qui y sont exprimés sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission. L'exactitude des renseignements que ce document contient est la responsabilité exclusive des auteurs.

This paper is also available in English under the title *Division of Powers and Jurisdictional Issues Relating to Marriage*.

RÉSUMÉ

Le but de ce document est d'examiner le partage des pouvoirs et d'analyser les compétences en matière de mariage tels que définis dans la Constitution. Le document porte particulièrement sur les aspects du mariage pouvant relever de chaque palier de gouvernement. Les gouvernements et les tribunaux ont confirmé la compréhension croissante que la société a de la diversité des rapports familiaux. Par ailleurs, les lois sont élaborées de plus en plus de manière à moderniser le fondement à partir duquel les obligations sont imposées et les avantages, accordés.

Le document entreprend d'abord d'établir les différents principes constitutionnels pertinents à une analyse du partage des pouvoirs. Il passe ensuite à un examen des décisions judiciaires qui ont évalué l'étendue du pouvoir fédéral sur le « mariage et le divorce », en vertu du par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que l'étendue du pouvoir provincial sur la « célébration du mariage », en vertu du par. 92(12) de la *Loi constitutionnelle*. Bien que le gouvernement fédéral ait la compétence exclusive sur la capacité en matière de mariage, les tribunaux ont, à l'occasion, confirmé la constitutionnalité des législations provinciales qui traitent de questions telles que l'âge et la consanguinité, qui semblent relever davantage de la capacité que de la célébration. Les arrêts qui semblent reconnaître la compétence provinciale sur les questions relevant de la capacité ont toutefois tous la précaution de justifier l'exercice de ce pouvoir provincial comme étant principalement de l'ordre de la procédure. Lorsque des incompatibilités avec les restrictions fédérales en matière de capacité surgissent, la législation provinciale est déclarée inconstitutionnelle.

Par la suite, le document étudie l'application de ces principes au mariage de couples constitués de personnes du même sexe. Il n'y a que quelques lois fédérales qui ont trait à la capacité. Le

Parlement a légiféré relativement aux degrés prohibés de consanguinité et a criminalisé la polygamie, mais il n'a fait qu'exprimé son point de vue dans le cadre de résolutions et de dispositions interprétatives non contraignantes à l'effet que le mariage se limite aux couples constitués d'une personne de chaque sexe.

En l'absence d'une législation fédérale expresse, les exigences additionnelles peuvent découler de la common law fédérale qui, d'après les tribunaux canadiens, est la source de l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe. Toutefois, la *common law* est sujette à plus ample élaboration par les tribunaux. Ce document met l'accent sur la nature évolutive du mariage ainsi que sur les décisions qui soulignent l'importance d'interpréter et d'appliquer la *common law* conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le document se penche ensuite sur la constitutionnalité, en vertu d'une analyse du partage des pouvoirs, des lois provinciales qui se proposent de limiter le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe. En plus des restrictions explicites que l'on trouve au Québec et en Alberta, la législation sur le mariage de certaines juridictions recourt à un vocabulaire qui fait une distinction entre les sexes et qui suggère implicitement que le mariage se limite aux couples constitués d'une personne de chaque sexe, alors que des provinces plus « permissives » utilisent un vocabulaire sans distinction de sexe qui ne dresserait aucun obstacle provincial à la célébration du mariage si la *common law* fédérale était interprétée comme permettant à des personnes du même sexe de se marier entre elles.

Le rapport se conclut par une étude des modifications législatives récentes ainsi que de nouvelles options de réforme du droit. Bien que plusieurs des droits et des responsabilités reliés au mariage soient étendus aux couples constitués de personnes du même sexe, l'égalité du statut n'a pas encore été reconnue. En vertu d'une analyse du partage des pouvoirs, les gouvernements sont en mesure de modifier des lois particulières dans le cadre de leurs champs

de compétence législative pour traiter les couples constitués de personnes du même sexe sur un pied d'égalité avec les autres couples. Cependant, la constitutionnalité de nouveaux textes législatifs plus complets peut faire l'objet de contestations. Dans le même ordre d'idées, les tentatives de certaines provinces d'interdire aux couples constitués de personnes du même sexe de se marier seront inévitablement considérées inconstitutionnelles en tant que tentatives d'usurper la compétence fédérale sur la capacité en matière de mariage.

En Ontario, au Québec et en Colombie-Britannique, les tribunaux sont saisis de causes entamées par des couples constitués de personnes du même sexe qui cherchent à obtenir un acte de mariage. Quant au gouvernement de la Colombie-Britannique, il a exprimé récemment son appui aux droits à l'égalité des couples constitués de personnes du même sexe en matière de mariage. L'adoption d'une législation fédérale pour permettre explicitement le mariage entre personnes du même sexe demeure le moyen le plus direct d'assurer l'égalité.

ÉGALE Canada

EGALE a été fondée en 1986 pour défendre la cause de l'égalité pour les lesbiennes, les gais et les bisexuels et bisexuelles au palier fédéral. Son travail en faveur de l'égalité s'effectue en trois volets : l'action politique, les interventions en droit et l'éducation du public. EGALE compte des membres dans chaque province et territoire. Elle est la seule organisation nationale de défense des droits des lesbiennes, des gais et des bisexuels et bisexuelles au Canada.

EGALE a comparu devant plusieurs comités de la Chambre des communes et du Sénat pour y discuter de questions telles que les nouvelles techniques de reproduction, les crimes haineux, la réforme de la sécurité sociale, la protection contre la discrimination, la reconnaissance des rapports entre personnes du même sexe, la révision de l'impôt sur le revenu, les droits de garde, l'immigration et plusieurs autres questions sociales contemporaines d'intérêt pour les lesbiennes, les gais, les bisexuels et les bisexuelles.

EGALE a également obtenu le statut d'intervenant dans les causes *Mossop c. Canada*, *Egan and Nesbit c. Canada*, *Vriend c. Alberta*, *M. c. H.* et *Ontario, Rosenberg & CUPE c. Canada*, *Little Sisters c. Douanes Canada* et *Chamberlain et al c. Board of Trustees of School District No. 36 (Surrey)*.

EGALE a rédigé des rapports sur le déroulement des causes inscrites au Programme de contestation judiciaire et une analyse juridique des conséquences de l'arrêt *Egan c. Canada* de la Cour suprême du Canada, a été chargée de rédiger une analyse du même genre relativement à l'arrêt *Vriend c. Alberta* de la Cour suprême. L'organisation élabore également des feuillets de renseignements sur les questions courantes qui touchent les communautés des lesbiennes, des gais et des bisexuels et bisexuelles, a un site Web « http://www.egale.ca » et deux groupes de discussion par courrier électronique pour aider ces communautés de l'ensemble du pays à

demeurer informées. EGALE a participé à des séminaires sur les questions d'égalité relatives aux lesbiennes et aux gais et à nombre de programmes d'éducation du public. Elle a entrepris plusieurs projets en matière de droits de la personne.

EGALE a représenté les gais et les lesbiennes du Canada lors de conférences internationales, y compris la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de la personne, à Vienne, la Conférence de l'Année internationale de la famille, à Montréal, la Conférence mondiale sur les femmes, à Beijing, ainsi que la Conférence Beijing +5, à New York.

EGALE a plusieurs comités en activité, dont un comité de la recherche composé de membres du conseil d'administration qui possèdent plusieurs titres de compétence universitaires et en recherche. Les membres du bureau de direction d'EGALE ont témoigné devant le Tribunal canadien des droits de la personne. Quant au directeur exécutif de l'organisation, il donne des cours sur les questions juridiques reliées aux gais et aux lesbiennes aux université Carleton et d'Ottawa. Le professeur Lahey enseigne à Queen's University. Récemment, il a publié une étude interdisciplinaire importante sur le droit et la sexualité intitulée *Are we « Persons » Yet? Law and Sexuality in Canada.*

REMERCIEMENTS

Nous sommes redevables aux personnes qui suivent pour leur contribution aux recherches :

Wendy Adams

Michael Bertrand

Jennifer Cunningham

Kerri Fisher

Kevin Preston

Tracey Pybus

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ iii

ÉGALE CANADA vii

REMERCIEMENTS ix

PARTIE I : INTRODUCTION 1

PARTIE II : PARTAGE CONSTITUTIONNEL DES POUVOIRS 3

I. Principes constitutionnels 4

A. Établir le caractère véritable de la loi 4

1. Caractère véritable : généralités 4

2. Doctrine du double aspect 6

B. Établir le caractère véritable d'une rubrique de compétence législative 7

1. Exclusivité 8

2. Pouvoir accessoire / doctrine de la compétence accessoire 9

C. Suprématie 10

D. Questions particulières reliées au partage des pouvoirs en matière de mariage 11

1. L'effet du silence du Parlement sur la portée des pouvoirs provinciaux 11

2. Application de la doctrine de la suprématie à la common law fédérale 13

E. Interprétation atténuante, disjonction et incompatibilité 14

II. Étendue des pouvoirs en matières de mariage 15

A. Compétence fédérale 16

B. Compétence provinciale 18

1. Questions de procédure 18

(a) Délivrance des actes de mariage 19

(b) Qui peut célébrer le mariage 19

2. Sexe 19

3. Âge 20

(a) Mineurs 21

(b) Consentement parental 24

4. Consanguinité 25
(a) Restrictions générales 25
(b) Personnes adoptées 28
5. Divorce 30
6. Validité des mariages 30
C. Conclusions 31
1. Matières reliées *prima facie* à la capacité 31
2. Matières reliées *prima facie* à la célébration 32
PARTIE III : MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE 35
I. INTRODUCTION 35
II. SOURCE DES RESTRICTIONS RELATIVES AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE 36
A. Fédéral 36
1. Lois 36
2. Common law 41
(a) Y a-t-il une interdiction en vertu de la common law ? 41
(b) Critiques des arrêts *Hyde* et *Corbett* 44
(c) Développement de la common law 48
(d) Procréation et consommation du mariage 49
(e) La nature évolutive du mariage 51
B. Constitutionnalité des restrictions provinciales en matière de mariage entre personnes du même sexe 55
1. Introduction 55
2. Catégories de Droit provincial 56
(a) Lois sans distinction de sexe ou qui ne contiennent aucune restriction en matière de mariage entre personnes du même sexe 56
(b) Lois qui font référence ou qui établissent un lien avec les exigences fédérales 58
(c) Lois qui comportent un vocabulaire qui fait la distinction des sexes et qui limitent implicitement le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe 59
(d) Lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe 60
(e) Lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe et qui invoquent la clause « nonobstant » de la Constitution pour empêcher un examen judiciaire minutieux relativement à leur constitutionnalité. 62

PARTIE IV : OPTIONS EN VUE D'UNE RÉFORME 65

I. Lois et attributs du mariage 65

II. Étendre les attributs du mariage 66

A. L'avenue empruntée par le gouvernement fédéral 67

1. Projet de loi C-78 : prestations de survivant de même sexe 67

2. Projet de loi C-23 : modernisation du régime d'avantages et d'obligations 67

B. L'avenue empruntée par le Québec 70

1. Projet de loi 32 70

C. L'avenue empruntée par l'Ontario 70

1. Projet de loi 5 70

D. L'avenue empruntée par la Colombie-Britannique 72

E. Unions libres enregistrées 73

III. Étendre le statut du mariage 75

IV. Questions de compétence reliées aux options en matière de réforme du droit 78

PARTIE V : CONCLUSIONS 85

BIBLIOGRAPHIE 89

PARTIE I

INTRODUCTION

La société canadienne reconnaît depuis longtemps que le mariage est une institution fondamentale dont l'importance pour les Canadiennes et les Canadiens se manifeste par le fait qu'elle est reconnue explicitement dans la Constitution de leur pays. Simultanément, cette institution a démontré sa capacité de s'adapter au principe de l'égalité de manière que, par exemple, l'identité juridique de la femme ne soit plus assujettie à l'identité de son mari.

Le statut d'une personne mariée découle d'un choix positif de sa part, tandis que c'est la loi qui impose le statut de conjoint de fait. Cette différence a plusieurs effets. Le mariage confirme le choix de s'engager à long terme d'une manière qu'un régime imposé ne permet pas. Il permet également aux parties de choisir le statut de personne mariée alors que le statut de conjoint de fait ne peut être revendiqué quand, par exemple, les parties vivent dans des pays différents où lorsque la durée de la relation est moindre que l'exigence de base.

Ces dernières années, l'on a de plus en plus reconnu que les familles peuvent prendre différentes formes et que leurs besoins ne dépendent pas nécessairement de l'état civil des membres de la famille. Les tribunaux canadiens ont également émis des signaux clairs aux gouvernements pour leur indiquer qu'ils ne peuvent pas faire de discrimination fondée sur l'état civil, l'état matrimonial ou l'orientation sexuelle et qu'ils doivent veiller à ce que le mariage ne soit pas utilisé comme un moyen d'exclure ou de marginaliser d'autres types de rapports auxquels sont reliés des besoins semblables.

Compte tenu de ces développements, les gouvernements provinciaux et fédéral étudient différentes options de réforme du droit pour reconnaître différentes formes de familles. Le

partage constitutionnel des pouvoirs en matière de mariage est une question de plus en plus d'actualité, car les décideurs doivent inévitablement établir quelles options s'offrent à chaque palier de gouvernement sur le plan constitutionnel.

Le but de ce document consiste à examiner les questions reliées au partage des pouvoirs et aux compétences en matière de mariage tels que ces pouvoirs et compétences découlent de la Constitution. Le document porte particulièrement sur les aspects du mariage selon qu'ils peuvent relever de chaque palier de gouvernement. L'application de ces principes au mariage dans le cas des couples constitués de personnes du même sexe[1] fera alors l'objet d'un examen particulier, puisque c'est un sujet où le gouvernement fédéral et certains gouvernements provinciaux affirment simultanément leurs compétences législatives respectives. Une contestation judiciaire actuellement en cours au Québec exigera également que les tribunaux se penchent sur l'étendue des compétences des gouvernements provinciaux et fédéral en ce qui concerne la capacité de limiter le mariage uniquement aux couples constitués d'une personne de chaque sexe.

---

[1] Partout dans ce document, l'expression « mariage entre personnes du même sexe » ne doit pas suggérer que le « mariage », dans son acception pure et simple exclut de fait les couples constitués de personnes du même sexe, une conception contestée à la partie III, II, de ce document.

PARTIE II

PARTAGE CONSTITUTIONNEL DES POUVOIRS

Cette partie examine le partage du pouvoir législatif sur le mariage et le divorce. Nous établirons d'abord les principes constitutionnels généraux reliés au partage des pouvoirs, puisqu'ils constituent le cadre nécessaire pour l'étude particulière de la législation et de la jurisprudence en ce qui a trait à l'étendue du pouvoir fédéral et du pouvoir provincial sur différents aspects du mariage. Nous mettrons l'accent sur la jurisprudence, qui a joué le plus grand rôle dans la définition de l'étendue du pouvoir fédéral et du pouvoir provincial sur le mariage.

Le point de départ de toute discussion au sujet du partage des pouvoirs est, bien sûr, les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[2]. En vertu de la Constitution, les questions qui tombent dans l'une des rubriques des compétences législatives définies à l'art. 91 sont de la compétence exclusive du Parlement fédéral; les questions qui tombent dans l'une des rubriques des compétences législatives définies à l'art. 92 sont de la compétence exclusive des législatures provinciales.

Les articles 91 et 92 établissent explicitement les compétences respectives des gouvernements provinciaux et fédéral concernant les questions reliées au mariage et au divorce, comme suit :

- par. 91(26) : le Parlement a la compétence sur « le mariage et le divorce »;
- par. 92(12) : les législatures provinciales ont le pouvoir d'adopter des lois relativement à « la célébration du mariage »;
- par. 92(13) : les législatures ont le pouvoir d'adopter des lois relativement à « la propriété et aux droits civils », ce qui comprend le soutien, l'adoption et la plupart des questions relevant du droit de la famille.

---

[2] *Loi constitutionnelle de 1867* (RU), 30 et 31 Victoria, ch. 3 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1867*].

I. Principes constitutionnels

Bien que les art. 91 et 92 prévoient que le pouvoir législatif relatif au mariage soit partagé entre le Parlement du Canada et les législature provinciales, il n'est pas aussi clair d'établir quelles questions particulières relèvent de la compétence fédérale sur le mariage et lesquelles relèvent de la compétence provinciale sur la « célébration du mariage ». Avant d'examiner les questions de compétence particulières entourant le mariage, il est nécessaire de se pencher d'abord sur les principes constitutionnels pertinents.

Pour établir si une loi particulière relève du pouvoir constitutionnel du corps législatif qui l'a adoptée, il faut essentiellement procéder en deux étapes : premièrement, il faut établir quelle est le caractère véritable (ou la matière) même de la loi; deuxièmement, ce caractère véritable doit être attribué à l'une des rubriques des compétences législatives mentionnées dans la Constitution.

A. Établir le caractère véritable de la loi

1. Caractère véritable : généralités

« Le caractère véritable » d'une loi est sa caractéristique la plus importante, ou prédominante. L'on a fait l'observation que « [traduction] l'établissement du [caractère véritable] d'une loi règlera souvent la question de sa validité, faisant de l'attribution de la question à une catégorie de sujets à peine plus qu'une formalité[3] ».

Les tribunaux examinent plusieurs facteurs pour établir le caractère véritable d'une loi, y compris le but de la législation, son effet sur la doctrine du « détournement de pouvoir », c'est-

---

[3] Hogg, P.W. , *Constitutional Law of Canada, édition pour étudiants 1998*, Toronto, Carswell, 1998, p. 343 [ci-après Hogg].

à-dire « [traduction] lorsqu'une loi comprend les apparences formelles d'une matière qui est de la compétence du corps législatif, mais, en réalité, traite d'une matière qui n'entre pas dans cette compétence[4] ».

La doctrine du caractère véritable a été élaborée dans l'arrêt *Union Colliery Co. of British Columbia* v. *Bryden*[5], et a été développée dans des causes subséquentes. Dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*[6], la Cour suprême du Canada a conclu que le caractère véritable des dispositions contestées de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui limitaient la responsabilité délictuelle des propriétaires et des exploitants de bateaux relevait de la compétence du gouvernement fédéral en matière de navigation et de marine marchande plutôt que de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Dans son examen de la portée de la doctrine du « caractère véritable », la cour a émis ce commentaire :

> Bien entendu, cette expression n'est pas une formule magique. Elle signifie simplement qu'il est reconnu depuis longtemps que la première étape de l'analyse du partage des compétences consiste à identifier la « matière » de la loi contestée. À cet égard, l'idée transmise par l'expression « caractère véritable » peut être exprimée de beaucoup de façons. On peut dire qu'il s'agit de la [traduction] « valeur constitutionnelle que présente la loi contestée », d'un « résumé du contenu de la loi », du « sens véritable de la loi contestée » ou de « l'idée maîtresse » ou « caractère véritable » de la loi contestée[7].

Dans *R. c. Morgentaler*[8], la Cour suprême du Canada a examiné l'éventail des facteurs et des caractères substantiels dont il faut tenir compte dans l'établissement du caractère véritable d'une loi. La cause portait sur la constitutionnalité des lois de la Nouvelle-Écosse qui interdisaient l'exécution d'avortement ailleurs que dans les hôpitaux et qui ne permettaient pas une couverture d'assurance santé pour les avortements exécutés en dérogation à cette interdiction. La Cour suprême du Canada a statué que les deux lois de la province de Nouvelle-Écosse étaient inconstitutionnelles, parce que leur caractère véritable était d'ordre criminel, une

---

[4] *Ibid.* p. 352.

[5] [1899] A.C. 580 (P.C.).

[6] [1990] 3 R.C.S. 1273.

[7] *Ibid.* p. 1286.

matière de compétence fédérale en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867.* La Cour a fondé sa décision sur les facteurs qui suivent :

- historiquement, l'avortement était considéré comme relevant du droit pénal;
- l'effet, l'historique, le but et les circonstances de la promulgation de ces lois démontraient que le but principal était de limiter l'avortement;
- l'effet de la législation était le même que celui de l'ancienne disposition du *Code criminel* et le chevauchement des effets pouvait conduire à soutenir l'inférence que la législation était conçue en vue d'un but relevant du droit pénal;
- les éléments de preuve tirés du journal des débats démontraient qu'il y avait une opposition aux cliniques d'avortement autonomes en soi;
- les délibérations de l'assemblée législative ne fournissaient aucune preuve soutenant le but revendiqué, qui était d'empêcher un système médical à deux vitesses.

Dans sa décision, la Cour a statué ce qui suit :

> Il n'y a pas de critère unique du caractère véritable d'une loi. Il faut procéder avec souplesse et éviter tout formalisme... Bien que l'objet et l'effet de la loi soient des facteurs pertinents dans le processus de qualification... il arrive souvent que l'objet ou le but principal de la loi soit l'élément clef de la constitutionnalité[9].

La cour a remarqué que l'analyse du caractère véritable « n'est cependant pas limitée à la teneur même du texte » et peut tenir compte des objets sociaux ou économiques, des circonstances dans lesquelles elle a été votée ainsi que de l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif :

> Pour déterminer l'historique, le contexte et l'objet du texte législatif attaqué, la cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi... Ils incluent de toute évidence les textes connexes... et la preuve du « mal » que le texte vise à corriger... Ils comprennent aussi l'historique du texte, c'est-à-dire les circonstances de sa rédaction et de son adoption[10]...

2. Doctrine du double aspect

Il n'est peut-être pas possible d'établir le caractère véritable d'une loi en l'associant à une matière unique. Certaines lois comporteront deux matières : une qui correspond à une rubrique

---

[8] [1993] 3 R.C.S. 463.

[9] *Ibid.* par. 24.

[10] *Ibid.* par. 26-27.

de compétence, et une qui correspond à une autre rubrique. Ce fait a été mentionné dans l'arrêt *Hodge c. La Reine* :

> [traduction]
> Les sujets dont un aspect et un objectif relèvent de l'art. 92 peuvent comporter un autre aspect et un autre objectif qui relèvent de l'art. 91[11].

Dans un tel cas, la doctrine du double aspect s'applique. D'après Hogg, la doctrine du double aspect a l'effet qui suit :

> [traduction]
> Lorsque la cour juge que les caractéristiques d'une loi fédérale et d'une loi provinciale ont une importance à peu près égale, elle doit conclure que les lois de ce genre peuvent être adoptées par le Parlement ou une législature[12].

Il en découle que la doctrine du double aspect est une façon de confirmer la constitutionnalité d'une loi. L'arrêt *Multiple Access c. McCutcheon*[13] fournit une application de la doctrine du double aspect. Dans cette affaire, une loi fédérale et une loi provinciale qui prévoyaient toutes deux une recours civil en cas de délit d'initié ont vu leur constitutionnalité confirmée.

Lorsque deux lois différentes qui respectent la Constitution sont adoptées, l'une par le Parlement et l'autre par une législature provinciale, les incompatibilités entre les deux lois sont résolues en faveur de la loi fédérale, qui est considérée comme prépondérante[14].

B. Établir le caractère véritable d'une rubrique de compétence législative

Lors de la deuxième étape de l'analyse constitutionnelle, la matière, ou le caractère véritable d'une loi, est attribuée à une classe de sujets particulière qui relève de l'un ou l'autre des art. 91

---

[11] [1883] 9 A.C. p. 117-130 (P.C..).

[12] Ouvrage précité, note 3, p. 347.

[13] [1982] 2 R.C.S. 161.

[14] Voir la discussion de la doctrine de la suprématie à la partie II, I.C. ci-dessous.

ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tel que mentionné ci-dessus[15], il s'agit souvent d'une formalité. Si la matière est attribuée à une classe de sujets qui relève de la compétence du corps législatif, la loi est valide; autrement, elle ne l'est pas. À ce stade de l'analyse, il y a deux concepts pertinents : l'exclusivité et la doctrine de la compétence accessoire.

1. Exclusivité

Le pouvoir exclusif du Parlement et des législatures sur les matières qui relèvent de leurs compétences respectives découle des mots d'introduction de chacun des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Hogg observe que « [traduction] chaque liste de catégories de sujets des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est exclusive au Parlement ou à la législature à laquelle elle est attribuée. Cela signifie qu'une matière particulière entrera dans une catégorie de sujets qui fait partie d'une *seule* liste.[16] » Autrement dit, les catégories de sujets ne se dédoublent pas ni ne se chevauchent : une matière s'insère dans l'une ou dans l'autre. Ainsi, une matière unique ne peut être attribuée qu'à une seule des catégories de sujets dans l'un ou l'autre des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu de la doctrine du double aspect discutée ci-dessus[17], le caractère véritable d'une loi peut se rapporter à deux matières d'une importance à peu près égale, ce qui habilite l'un ou l'autre palier de gouvernement à adopter une loi qui respecte la Constitution. Les différentes rubriques de compétence demeurent toutefois mutuellement exclusives.

Lorsqu'une rubrique de compétence *semble* en chevaucher une autre, les tribunaux favorisent l'interprétation selon laquelle la rubrique la plus limitée restreint la portée de la plus étendue. Cela est particulièrement pertinent dans le contexte du mariage, où la compétence fédérale, à sa vue même, semble assez étendue pour couvrir des questions reliées à la célébration du

---

[15] Ouvrage précité, note 3.

[16] *Ibid.* p. 370.

[17] Partie II, I.A.2. ci-dessus.

mariage, qui est une matière de compétence provinciale. L'application de la doctrine de l'exclusivité a fait en sorte que le pouvoir provincial plus limité sur la célébration du mariage a été interprété comme limitant le pouvoir fédéral apparemment plus étendu sur le « mariage et le divorce », ce qui élimine le chevauchement apparent entre les compétences fédérale et provinciale en la matière[18].

2. Pouvoir accessoire / doctrine de la compétence accessoire

Une fois que le caractère véritable d'une loi a été établi et attribué à une rubrique de compétence du corps législatif (ce qui confirme la constitutionnalité de la loi), cette loi peut empiéter accessoirement sur la compétence d'un autre corps législatif. Par exemple, une disposition isolée peut constituer un empiétement alors que le reste du texte législatif est constitutionnel. Hogg signale que « [traduction] la doctrine du caractère véritable permet qu'une loi catégorisée "en rapport avec" une matière qui relève de la compétence du corps législatif ait des effets accessoires ou complémentaires sur des matières qui ne relèvent pas de la compétence de ce corps législatif[19] ». Ainsi, une disposition isolée qui semble outrepasser la compétence du gouvernement qui adopte une loi peut être confirmée comme faisant partie d'un texte législatif de portée plus grande et jugé constitutionnel.

D'après l'arrêt *General Motors c. City National Leasing*[20], pour que de tels effets accessoires soient permis, l'ensemble du texte législatif doit être constitutionnel et l'empiétement doit être *relié directement* à l'intention du texte (quoique si l'empiétement est considérable, il doit être « vraiment nécessaire » ou « essentiel » au texte)[21].

---

[18] Re the Marriage Law of Canada, [1912] A.C. 880 (P.C.) [ci-après *Re the Marriage Law of Canada*].

[19] *Ouvrage précité, note* 3, p. 372.

[20] [1989] 1 R.C.S. 641.

[21] *Ibid.* p. 668-671. Relativement à une application récente de ces exigences, se reporter à *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services* [1992] 2 R.C.S. 445.

C. Suprématie

La doctrine du double aspect et la doctrine de la compétence accessoire peuvent être la source d'une incompatibilité entre des lois fédérales et provinciales qui, autrement, seraient constitutionnelles. Dans de tels cas, la loi fédérale est prépondérante, en raison de la doctrine de la suprématie. Comme Hogg l'explique :

> [traduction]
> La doctrine de la suprématie stipule que, lorsque des lois fédérales et provinciales sont incompatibles, la loi fédérale doit prévaloir; la prépondérance rend la loi provinciale inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. Ainsi, la suprématie est une forme d'attaque possible seulement contre une loi provinciale et seulement lorsqu'une loi fédérale est en conflit avec celle-ci[22].

L'élément clé de la doctrine de la suprématie est qu'elle entre en jeu une fois que la constitutionnalité des deux lois apparemment incompatibles a été établie. À cet égard, la suprématie ne s'applique que « [traduction] lorsqu'une loi fédérale et une loi provinciale sont (1) toutes les deux constitutionnelles et (2) incompatibles[23] ».

Il peut être difficile d'établir si deux lois sont incompatibles. Dans l'arrêt *Smith c. La Reine*[24], souvent cité, le critère utilisé par la Cour suprême du Canada pour établir s'il y a incompatibilité est celui de « la contradiction expresse » ou l'impossibilité d'une double observance : « [traduction] l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre.[25] »

Bien que d'autres arrêts aient exprimé le critère dans des termes légèrement différents[26], il est clair que le critère d'établissement de l'incompatibilité est exigent. Par exemple, dans certains arrêts récents, les tribunaux n'ont pas trouvé d'incompatibilité entre un permis accordé par une

---

[22] *Ouvrage précité, note* 3, p. 362.

[23] *Ibid.* p. 385.

[24] [1960] R.C.S. 776.

[25] *Ibid.* 800. Se reporter également à *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, ouvrage précité, note 13, 191.

[26] Se reporter par exemple à *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 à 154; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 41.

province et une disposition municipale qui interdit l'usage pour lequel le permis a été prévu[27]. Ils ont aussi conclu qu'il n'y a pas d'incompatibilité lorsqu'une disposition provinciale ne fait qu'imposer une norme plus exigeante que celle prévue par une disposition fédérale[28]. Par conséquent, une incompatibilité apparente n'est peut-être pas toujours suffisante pour invoquer la doctrine de la suprématie.

D. Questions particulières reliées au partage des pouvoirs en matière de mariage

1. L'effet du silence du Parlement sur la portée des pouvoirs provinciaux

Alors que toutes les provinces ont adopté des lois qui traitent des exigences pour la célébration du mariage, le Parlement n'a pas beaucoup légiféré relativement aux différents éléments de la capacité de se marier. Comme nous l'examinerons plus avant dans II.B ci-dessous, en l'absence d'une loi fédérale expresse, certaines législatures provinciales se sont proposé de traiter de matières telles que l'âge et la consanguinité, qui semblent être reliées davantage à la capacité de se marier qu'à la forme ou à la célébration du mariage. Une bonne part de la jurisprudence dans ce domaine traite de la question de savoir jusqu'à quel point les lois provinciales sont constitutionnelles en l'absence d'une législation fédérale qui traite des questions reliées à la capacité.

En théorie, le silence ou l'absence de législation de la part du Parlement ne devrait avoir aucun effet sur les pouvoirs provinciaux. Cela découle de la doctrine de l'exclusivité : puisque le Parlement et les législatures provinciales ont chacun une compétence exclusive sur les

---

[27] Se reporter à *Meadow Creek Farms Ltd. v. Surrey* (1978), 89 D.L.R. (3d) 47 (B.C.C.A.); *Propane Gas Association of Canada v. North Vancouver* (1989), 42 M.P.L.R. 29 (B.C.S.C.); *Great Canadian Casino Co. Ltd. c. Surrey (City)*, [1999] 3 W.W.R. 13 (B.C.S.C.).

[28] Se reporter à *Ross c. Régistraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.

domaines qui leur sont attribués en vertu de la Constitution, la compétence d'un palier de gouvernement ne peut être étendue du fait que l'autre palier ne légifère pas. Cela a été établi dans l'arrêt *Union Colliery*:

> [traduction]
> ... le fait que le Parlement du Dominion ne légifère pas dans la pleine mesure de ses pouvoirs ne pourrait avoir pour effet de transférer à quelque législature provinciale que ce soit le pouvoir de légiférer qui avait été attribué en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[29].

L'arrêt *Union Colliery* a été confirmé par l'arrêt *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*[30] et *Reference re Constitution Act (U.K.), ss. 91, 92*[31]. Plus récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a statué ce qui suit :

> [traduction]
> Il est tout à fait normal que les tribunaux n'étendent généralement pas la compétence d'une législature provinciale pour compenser l'inactivité du Parlement. Il ne suffit pas qu'un résultat soit désirable pour soutenir la proposition qu'une province puisse adopter des lois qui traitent de la matière, nonobstant le fait que cette matière n'entre pas dans les matières énumérées comme étant de compétence provinciale. Pour la cour, le critère consiste à savoir si la législature provinciale a le pouvoir d'agir en vertu du droit. La doctrine de l'exclusivité prévoit que les listes des catégories de sujets en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives au Parlement ou à la législature provinciale à qui elles sont attribuées. Le professeur Hogg signale qu'accessoirement à cette doctrine, il y a la notion que si le Parlement ou une législature ne légifère pas relativement à cette matière, cela n'augmente pas les pouvoirs de l'autre[32]...

Nonobstant cette position claire en principe, il semble *qu'en pratique*, le silence du Parlement semble avoir eu un certain effet sur l'étendue des pouvoirs provinciaux, tant directement qu'indirectement. Entre autres, tel que mentionné dans l'arrêt *Lenart*, le silence du Parlement réduit la possibilité d'appliquer la doctrine de la suprématie (qui accorde la prépondérance à la législation fédérale sur la législation provinciale qui, bien que constitutionnelle, est incompatible) bien que l'absence de législation de la part du Parlement peut laisser la voie ouverte à l'application de la doctrine de la suprématie à la common law fédérale, comme nous le démontrons plus loin. Par ailleurs, une certaine proposition voudrait qu'une *exclusion délibérée*

---

[29] *Ouvrage précité, note* 5, p. 588.

[30] [1976] 2 R.C.S. 751 -759.

[31] [1991] 4 W.W.R. 193 -203.

de la part du Parlement (telle que l'exclusion explicite des sociétés d'assurance de la portée de la législation fédérale sur les banques) peut avoir pour effet d'étendre la compétence provinciale, même si la matière exclue est de compétence fédérale : se reporter à *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*[33]. Enfin, dans certaines circonstances, les tribunaux semblent avoir simplement ignoré l'arrêt *Union Colliery* et considéré le silence du Parlement comme étant un facteur qui appuie la constitutionnalité de la législation provinciale. Dans l'un de ces arrêts, par exemple, le juge en chef Laskin, au nom de la Cour suprême du Canada, a statué ceci :

> Un pouvoir fédéral non exercé peut laisser une marge de manœuvre au pouvoir provincial relatif aux ouvrages et entreprises d'une nature locale et telle est, à mon avis, la situation en l'espèce[34].

2. Application de la doctrine de la suprématie à la common Law fédérale

L'absence de législation du Parlement sur certaines questions reliées à la capacité de se marier soulève une autre question. Sans législation fédérale, plusieurs aspects de la capacité de se marier découlent de la common law fédérale. Bien qu'il soit clair, en vertu de la doctrine de la suprématie, que la loi fédérale est prépondérante en cas d'incompatibilité entre les législations fédérale et provinciale, il reste la question de savoir si la common law fédérale a prépondérance sur une loi provinciale. La Cour suprême du Canada semble avoir répondu à cette question par l'affirmative. Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, le juge Beetz, au nom de la majorité des juges, a signalé ce qui suit :

> [traduction]
> Au meilleur de ma connaissance, je ne me rappelle aucune décision dans laquelle le « droit fédéral » non législatif ait eu prépondérance sur les lois provinciales. Cependant,

---

[32] (1998), 39 O.R. (3d) 55-66 [ci-après l'arrêt *Lenarf*].

[33] [1980] 1 R.C.S. 433 -469. La cour a fait remarquer que « [traduction] la compétence législative comporte certains pouvoirs de définition qui ne sont pas illimités mais qui, selon la façon particulière dont ils sont utilisés, peuvent affecter d'autres champs de compétence. »

[34] *Fulton c. Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, [1981] 1 R.C.S. 153 -162; appliqué dans *Windermere Watersport Inc.* v. *Invermere (District)* [1989] B.C.J. no. 863 (C.A.) en ligne : QL (CJ).

> je ne vois pas pourquoi le Parlement serait obligé de codifier les règles de droit s'il veut s'assurer que celles-ci ont prépondérance sur les lois provinciales, au moins lorsque certaines de ces règles de droit relèvent de sa compétence exclusive, comme le sont, par exemple, les règles de la preuve dans les procédures judiciaires[35].

L'arrêt *Syndicat des travailleurs et travailleuses en communication et en électricité du Canada c. Canada (AG)* a réitéré cette déclaration comme suit :

> Le droit existant et applicable au Canada n'est pas seulement le droit législatif, mais aussi un ensemble de droit constitué de la common law fédérale publique, comme l'indique clairement l'arrêt *Bisaillon c. Keable*... En réalité, l'arrêt *Bisaillon* nous apprend que la common law fédérale peut même jouir de la suprématie constitutionnelle à laquelle on pense normalement pour ce qui est du droit législatif fédéral[36].

L'arrêt *Bisaillon c. Keable* a également été cité avec approbation dans une opinion dissidente dans l'arrêt *Delgamuukw* v. *British Columbia*[37]. Bien que Hogg s'interroge sur ces décisions[38], la jurisprudence favorise le point de vue élaboré dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable* selon lequel la loi fédérale a prépondérance sur la loi provinciale incompatible, et ce, que la loi fédérale découle d'une législation ou de la common law.

E. Interprétation atténuante, disjonction et incompatibilité

Lorsque certaines dispositions d'une loi semblent outrepasser la compétence du corps législatif, le tribunal a quelques options : il peut remédier au vice apparent en appliquant une « interprétation atténuante » des dispositions attaquées; il peut disjoindre les dispositions attaquées et les déclarer inconstitutionnelles tout en confirmant la constitutionnalité du reste de la législation; ou il peut déclarer l'ensemble de la loi inconstitutionnelle.

---

[35] [1983] 2 R.C.S. 60-108.

[36] [1988] F.C.J. No. 319 enli gne : QL (CJ), 9.

[37] (1993), 104 D.L.R. (4^{E}) 470-684 (B.C.C.A.).

[38] *Ouvrage précité, note* 3. p. 384: « [traduction] La suprématie est un attribut inhérent au pouvoir fédéral de légiférer et, à mon avis, elle ne devrait être attribuée qu'aux lois adoptées par le Parlement (ainsi qu'aux règlements ou aux arrêts qui en découlent). »

Comme le mentionne Hogg, « [traduction] l'interprétation atténuante » n'est qu'une règle d'interprétation qui « [traduction] ne peut servir que lorsque le texte de la loi comporte la signification limitée (constitutionnelle) et la signification élargie (inconstitutionnelle); elle stipule de ne retenir que la signification limitée.[39] » L'interprétation atténuante est reliée à une présomption de constitutionnalité : les tribunaux présument que les corps législatifs ont eu l'intention d'agir à l'intérieur de leur compétence et s'efforceront parfois d'interpréter une loi afin d'éviter la nécessité de l'annuler.

La disjonction est semblable à l'interprétation atténuante en ce qu'elle permet de remédier à la compétence excédentaire tout en confirmant la constitutionnalité de ce qui reste, mais elle va au-delà de la simple interprétation de la législation en statuant qu'une partie de la loi est constitutionnelle.

La disjonction est rarement accordée et l'on a conclu qu'elle n'est pas pertinente lorsque les autres dispositions sont « [traduction] si inextricablement liées à la partie déclarée inconstitutionnelle que ce qui reste ne peut s'appliquer indépendamment[40] ». Plus communément, les tribunaux ont eu tendance à considérer que les lois forment un texte législatif unique interdépendant. Dans les cas où le caractère véritable de la loi se rapporte à des matières qui outrepassent la compétence, la loi entière est annulée.

II. Étendue des pouvoirs en matière de mariage

Les arrêts examinés dans cette partie soulignent que l'étendue de la compétence accordée à chaque palier de gouvernement en vertu de la *Loi constitutionnelle* prévoit que le Parlement a la

---

[39] *Ibid.* p. 359-360.

[40] *A.-G. Alta.* v. *A.-G. Can. (Alta. Bill of Rights).* [1947] A.C. 503-518.

compétence exclusive en matière de capacité de se marier alors que les provinces ont la compétence exclusive sur les questions de forme et de procédure.

Sur le plan pratique, la jurisprudence qui porte sur l'étendue de la compétence fédérale est très limitée tandis qu'elle est abondante lorsqu'elle porte sur l'étendue de la compétence provinciale. Voici ce qu'observe Hogg : « [traduction] la plupart des lois qui traitent du mariage ont été adoptées par les provinces, et les tribunaux ont eu tendance à interpréter la compétence provinciale de façon libérale. L'étendue du pouvoir fédéral demeure grandement indéterminée.[41] »

A. Compétence fédérale

La seule législation adoptée par le Parlement pour traiter particulièrement de la capacité de se marier est la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*[42], qui établit les degrés interdits de consanguinité. Le paragraphe 2(2) de la Loi prévoit ce qui suit :

> Est prohibé le mariage entre personnes ayant des liens de parenté : a) en ligne directe, par consanguinité ou adoption; b) en ligne collatérale, par consanguinité, s'il s'agit de frère et sœur ou de demi-frère et demi-sœur; c) en ligne collatérale, par adoption, s'il s'agit de frère et sœur.

Il s'agit d'un changement par rapport aux interdictions antérieures de la common law, qui étaient beaucoup plus larges. La Loi demeure cependant silencieuse sur les autres aspects de la capacité de se marier, tels le sexe ou l'âge, qui doivent donc découler de la common law ou être inférés d'autres lois existantes.

Dans le cadre de sa compétence sur le « mariage et le divorce », par exemple, le Parlement a adopté la *Loi sur le divorce*[43] qui comporte des dispositions qui peuvent être interprétées comme restreignant la portée du mariage :

---

[41] Hogg, P.W., *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles. Vol. 1, Toronto, Carswell, 1999) p. 26-3.

> 2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi... « époux » Homme ou femme unis par les liens du mariage.

Cet article de la *Loi sur le divorce* reflète le postulat que le mariage ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme[44]. Dans l'ensemble de la Loi, le postulat est que le divorce n'est accessible qu'aux personnes désignées comme étant des « époux » au sens de l'art. 2 :

> 8. (1) Divorce – Le tribunal compétent peut, sur demande de l'un des époux ou des deux, lui ou leur accorder le divorce pour cause d'échec du mariage.

Dans le même ordre d'idées, les mots « de l'un des époux ou des deux » de la *Loi sur le divorce* prévoient une application selon laquelle il n'y aura que deux parties à un mariage. Cela est compatible avec l'interdiction que l'on trouve au *Code criminel* et selon laquelle une personne déroge à la Loi si elle contracte quelque forme de mariage que ce soit alors qu'elle est déjà mariée[45].

Comme le Parlement n'a exercé sa compétence en matière de mariage que de façon limitée, il y a peu de jurisprudence relative aux limites de ce pouvoir. La seule contestation juridique de l'exercice du pouvoir fédéral en matière de mariage est la décision du Conseil privé dans *Re the Marriage Law of Canada*[46]. Cet appel concernait la constitutionalité d'une modification à la *Loi sur le mariage*[47] qui déclarait que tout mariage contracté conformément aux lois du lieu où il a été contracté est valide partout au Canada.

Le Conseil privé a annulé la modification en statuant qu'elle était inconstitutionnelle et a rejeté l'idée que toutes les règles entourant la validité du mariage étaient de compétence fédérale en

---

[42] S.C. 1990, c. 46.

[43] S.R.C. 1985 (2e Supp.), c. 3 (modifié par S.R.C. 1985, c. 27 (2e Supp.), art. 10 et S.C. 1990, c. 18).

[44] Se reporter à la partie III, II.A.1 pour une discussion des autres mesures fédérales qui reflètent que le mariage se limite aux seuls couples constitués d'une personne de chaque sexe.

[45] *Code criminel du Canada*, S.R.C. 1985, c. C-46, sous-alinéa 290(1)a)(i).

[46] *Précité, note* 18.

[47] R.C.S., 1906, c. 105.

vertu du paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Conseil privé a conclu que les provinces pouvaient elles aussi légiférer sur les questions de la validité :

> [traduction]
> ... leurs Seigneuries sont arrivées à la conclusion que la compétence du Parlement du Dominion, en vertu de l'interprétation stricte des articles 91 et 92, ne couvre pas le champ entier de la constitutionnalité. Elles considèrent que la disposition de l'article 92 qui confère à la législature provinciale le pouvoir exclusif de faire des lois relativement à la célébration du mariage dans la province opère à l'exclusion des pouvoirs conférés à l'égard du mariage par l'article 91, et permet à la législature provinciale de légiférer sur les conditions de la célébration qui peuvent influer sur la validité du contrat[48].

Le Conseil privé a donné certaines indications au sujet des types de conditions imposées par les provinces qui pourraient influer sur la validité du mariage, comme les formalités en vertu desquelles le contrat doit être authentifié, et les conditions stipulant qui peut exécuter la cérémonie.

B. Compétence provinciale

Tel que mentionné antérieurement, la compétence provinciale a été testée en cour beaucoup plus souvent que la fédérale. Cette partie du document examine différents domaines pour établir quelles exigences provinciales ont été confirmées par les tribunaux comme relevant de la compétence provinciale, et quelles exigences ont été considérées inconstitutionnelles.

1. Questions de procédure

Les exemples les plus clairs de l'exercice constitutionnel du pouvoir provincial de légiférer en matière de célébration du mariage se retrouvent dans les arrêts qui traitent des procédures et des formes requises par une province comme conditions préalables au mariage.

---

[48] *Précité, note* 18, 887, vicomte Haldane.

(a) Délivrance des actes de mariage

L'arrêt *Alspector* v. *Alspector*[49] traite de la validité d'un mariage pour lequel il n'y a pas eu délivrance d'un acte de mariage. Pour en arriver à confirmer que le mariage était valide, la Cour a examiné si la province d'Ontario avait la compétence pour adopter différentes dispositions de la *Loi sur le mariage*[50], et a conclu :

> [traduction]
> Il faut désormais considérer qu'il est établi au-delà de toute controverse juridique qu'il entre dans la compétence législative d'une législature provinciale d'adopter des conditions en matière de célébration du mariage dans la province, conditions qui peuvent influer sur la validité du contrat... La délivrance d'un acte ou d'un permis spécial et la publication des bans à titre d'exigences préalables à la cérémonie sont des formalités qui entrent dans les matières désignées par l'expression « célébration du mariage »[51].

(b) Qui peut célébrer le mariage

Dans l'arrêt *Gilham* v. *Steele*[52], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur la constitutionnalité du paragraphe 8(3) de la *Marriage Act*[53] qui stipulait qu'un mariage qui n'avait pas été célébré par un célébrant inscrit était invalide. La cour a confirmé la constitutionnalité de ce paragraphe en se fondant sur *Re the Marriage Law of Canada*[54].

> [traduction]
> Je pense qu'il n'y a aucun doute qu'une législature provinciale a « la capacité exclusive d'établir par qui le mariage peut être célébré et de faire en sorte que la célébration par la personne requise soit une condition de la validité du mariage »[55].

2. Sexe

Dans les deux arrêts portant sur les applications du mariage aux couples constitués de personnes du même sexe que nous avons rapportés jusqu'à maintenant, il semble qu'il y ait acceptation que la réglementation du sexe des parties à un mariage est une matière de

---

[49] [1957] O.R. 454 (C.A.).

[50] L.R.O. 1937, c. 207.

[51] *Précité, note* 49, 464.

[52] [1953] 2 D.L.R. 89 (B.C.C.A.).

[53] R.S.B.C. 1948, c. 201.

[54] *Précité, note* 18.

compétence fédérale. *Re North et al. and Matheson*[56] portait sur une contestation du refus d'accorder un acte de mariage à deux hommes. Bien que la constitutionnalité d'une disposition provinciale n'était pas en jeu, la Cour a exprimé son opinion *incidente* en disant que la réglementation des exigences relatives au sexe en matière de mariage n'entrerait pas dans la compétence des législatures provinciales :

> [traduction]
> Je ne peux pas conclure que la législature, en utilisant les mots « deux personnes », avait l'intention de reconnaître la capacité de deux personnes du même sexe de se marier. Même si je pouvais conclure que c'était l'intention de la législature, je n'aurais aucune hésitation à conclure qu'une telle disposition serait inconstitutionnelle parce qu'elle ferait partie du droit substantiel du mariage et du divorce, une matière qui relève exclusivement de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu du par. 91(26) de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique, 1867*. Je considérerais qu'une telle disposition affecterait la capacité essentielle d'une personne de se marier et non pas comme une condition de la célébration du mariage, qui relève de la compétence législative des législatures provinciales en vertu du par. 92(12)[57].

Ce point de vue a été confirmé dans l'arrêt *Layland* v. *Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*[58] alors que la majorité des juges a considéré que les personnes du même sexe n'ont pas la capacité de se marier entre elles « en vertu de la common law du Canada applicable en Ontario[59] ».

3. Âge

Les tribunaux se sont penchés sur la catégorisation des exigences provinciales en matière d'âge. La common law fédérale au sujet de l'âge minimum requis pour le mariage prévoit ce qui suit :

> [traduction]
> … le mariage d'un enfant de moins de sept ans est nul. Le mariage d'une personne de sexe masculin âgée de plus de sept ans mais de moins de 14 ans, ou d'une personne de sexe féminin âgée de plus de sept ans mais de moins de 12 ans est annulable à la

---

[55] *Précité, note* 52, 98.

[56] (1974), 20 R.F.L. 112; 52 D.L.R. (3d) 280 (Co. Ct. Winn.) [ci-après *North and Matheson*].

[57] *Ibid.* 282.

[58] (1993), 14 O.R. (3d) 658; 104 D.L.R. (4th) 214 (Div. Ct.) [ci-après l'arrêt *Layland*].

[59] *Ibid.* 663.

> demande du mineur ou de la mineure jusqu'à ce qu'il ou elle ait atteint l'âge minimum requis[60].

Cependant, en l'absence de droit législatif fédéral qui établirait un âge minimal pour le mariage, les tribunaux se sont efforcés de confirmer la validité des restrictions provinciales en matière d'âge en les catégorisant dans les matières reliées à la célébration plutôt qu'à la capacité. Les deux principales questions examinées ont été la capacité des mineurs de se marier et la constitutionnalité des exigences en matière de consentement parental.

(a) Mineurs

Dans l'arrêt *Ross* v. *MacQueen*[61], la Cour suprême de l'Alberta s'est penchée sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Solemnization of Marriage Act*[62], qui imposait un âge minimum comme suit :

> [traduction]
> Par. 24(1) Il ne peut y avoir ni délivrance d'un acte de mariage lorsque l'une des parties à ce mariage prévu est âgée de moins de seize ans ni publication de bans à l'égard d'un tel mariage ni célébration d'un mariage lorsque l'une des parties à ce mariage est âgée de moins de seize ans;
>
> (2) Cet article ne s'aplique pas dans le cas d'une personne du sexe féminin qui fait la preuve qu'elles est enceinte à l'aide d'un certificat d'un médecin dûment qualifié et qui a obtenu les consentements requis par l'article 21 ou une ordonnance émise en vertu de l'article 23 qui dispense d'un tel consentement.

En confirmant que le paragraphe 24(1) était une question de célébration plutôt que de capacité, la Cour a fondé sa conclusion sur deux facteurs : premièrement, la disposition en question ne touchait que les préliminaires devant conduire au mariage; et, deuxièmement, le fait qu'une femme mineure pouvait se marier en cas de grossesse laissait à penser à la cour qu'il n'y avait pas une restriction absolue à la capacité de se marier.

---

[60] *Legebokoff* v. *Legebokoff et al* (1982), 136 D.L.R. (3d) 566-568. Se reporter aussi à *Kerr* c. *Kerr*, [1934] R.C.S. 72-77; *Hobson* v. *Gray* (1958), 13 D.L.R. (2d) 404-408 (Alta S.C.).

[61] [1948] 2 D.L.R. 536 (Alta. S.C.).

[62] R.S.A. 1942, c. 303.

Le paragraphe 24(1) de la loi de l'Alberta a fait l'objet d'un autre examen dans l'arrêt *Hobson* v. *Gray*[63], et la cour l'a confirmé de nouveau. La cour a reconnu que les restrictions à la capacité de se marier n'entrent pas dans la compétence provinciale en déclarant :

> [traduction]
> L'on ne peut présumer que la législature a eu l'intention d'agir au-delà de sa compétence. Par conséquent, l'art. 24 ne devrait pas être interprété comme se rapportant à la « capacité » de se marier (ce qui outrepasserait la compétence provinciale) si toute autre interprétation raisonnable peut être faite de cet article... Si l'art. 24 de la loi provinciale vise à affecter la capacité, il est alors inconstitutionnel[64].

Quoi qu'il en soit, la cour a interprété la disposition comme ayant trait seulement à la célébration :

> [traduction]
> Rien n'interdit aux parties au mariage de se marier ou de prendre part à la cérémonie du mariage. À mon avis, l'article a été intentionnellement rédigé tel quel parce qu'il ne visait pas à affecter la capacité de qui que ce soit de se marier, mais parce qu'il visait à toucher seulement aux questions qui, selon les mots de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Underwood*, sont des étapes ou des préliminaires conduisant au mariage[65].

Autrement dit, plutôt que de rejeter la capacité des mineurs, le par. 24(1) ne s'applique qu'aux émetteurs des actes de mariage et à ceux qui publient les bans en prévoyant qu'il ne peut y avoir délivrance d'un acte de mariage ni publication des bans ni célébration d'un mariage lorsque l'une des parties est mineure.

Le résultat de ces affaires a été critiqué vigoureusement par Leslie Katz[66]. Celui-ci suggère que *si* le raisonnement est exact, *toute* condition peut être imposée constitutionnellement par les législatures provinciales pourvu qu'elles s'expriment comme étant des conditions préalables à l'obtention d'un acte de mariage, un résultat qui, selon Katz, minerait le partage constitutionnel des pouvoirs.

---

[63] *Précité, note* 60.

[64] *Ibid.* 408 (juge Egbert).

[65] *Ibid.* 409.

[66] Se reporter à KATZ, L. *The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage*, 7 Ottawa L. Rev. 384, 1975.

Une disposition semblable de la législation de la Colombie-Britannique a été examinée dans l'arrêt *Legebokoff* v. *Legebokoff et al*[67], qui traite de l'effet de la non-observance des dispositions de la *Marriage Act* qui suivent[68].

> [traduction]
> Par. 25(1) : Sous réserve des dispositions des paragraphes (2) et (3), aucun mariage d'une personne âgée de moins de 16 ans ne doit être célébré et aucun acte de mariage ne peut être délivré;
>
> Par. 26 : Les articles 24 ou 25 ne peuvent avoir pour conséquence d'annuler un mariage.

La cour a conclu que le mariage d'une jeune fille de 15 ans était valide, parce que le Parlement n'avait pas adopté de législation traitant de l'âge du consentement et, en l'absence d'une telle législation, le jeune fille avait la capacité de se marier en vertu de la common law fédérale :

> [traduction]
> Bien que la cérémonie des deux parties ait pu manquer de caractère officiel, les deux parties avaient la capacité de se marier. Dans la même veine, le commissaire n'a pas erré lorsqu'il a conclu que le mariage était valide nonobstant le fait que la requérante était âgée de 15 ans[69].

Il est intéressant de remarquer que la cour n'a pas questionné la constitutionnalité du par. 25(1), ce qui peut laisser croire que la cour a considéré que la restriction en matière d'âge était constitutionnelle. En confirmant la validité d'un mariage qui ne répondait pas à la limite d'âge provinciale, cependant, il se pourrait que la cour ait fait une « interprétation atténuante » de la législation pour assurer la compatibilité constitutionnelle en catégorisant l'incapacité à répondre à l'exigence provinciale en matière d'âge comme un « manque de caractère officiel » de la cérémonie plutôt que comme une question de « capacité » qui relèverait exclusivement de la compétence fédérale.

---

[67] *Précité, note* 60.

[68] R.S.B.C. 1979, c. 251.

[69] *Précité, note* 60, 569 (juge MacKinnon).

(b) Consentement parental

La deuxième restriction en matière d'âge qui a fait l'objet d'un examen est celle de la validité des exigences relatives au consentement parental. Dans l'arrêt *Kerr c. Kerr*[70], la Cour suprême du Canada s'est penchée, entre autres choses, sur la constitutionnalité de deux dispositions de la *Loi sur le mariage* de l'Ontario[71], l'une exigeant le consentement parental comme condition préalable à un mariage valide, et l'autre stipulant qu'un mariage sans consentement est nul. La cour a confirmé ces dispositions. Comme le juge en chef Duff l'a énoncé :

> [traduction]
> Dans l'exercice de sa compétence relative à la matière réservée aux provinces par le par. 92(12), « célébration du mariage », la législature d'une province peut prescrire le consentement des parents ou du tuteur pour le mariage d'une personne mineure comme étant un élément essentiel de la cérémonie du mariage en tant que telle... La législature, je pense, traite de la célébration du mariage et non pas de la capacité des parties[72].

La Cour s'est fondée sur l'arrêt *Sottomayor* v. *De Barros*[73] relativement au principe que le consentement fait partie de la *cérémonie* du mariage et n'est pas une matière relevant de la capacité. Le juge en chef Duff a cependant laissé ouverte la question de savoir si le Parlement pouvait aussi légiférer en matière de consentement en tant que matière relevant de la capacité :

> [traduction]
> Une telle question ne se pose pas ici et il est tout à fait inutile d'émettre une opinion à ce sujet. Le pouvoir du Dominion d'imposer aux futurs époux une incapacité conditionnelle à l'absence de certains consentements désignés n'est pas en jeu[74].

La doctrine du « double aspect » a également été mentionnée dans les commentaires incidents :

> [traduction]
> Il est essentiel de garder à l'esprit un principe lorsqu'on interprète l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* : une matière qui, relativement à un but et d'un point de vue, peut se trouver dans un domaine réservé au Dominion, peut, relativement à un autre but et d'un autre point de vue, se trouver dans un domaine réservé aux provinces; et lorsque c'est le cas, la législation relative à une telle matière, du point de vue provincial pertinent et pour

---

[70] Précité, *note* 60.

[71] L.R.O. 1927, c. 181.

[72] *Précité, note* 60, 74.

[73] (1877), 3 Prob. Div. 1 à 7.

[74] *Précité, note* 60, 75-76.

> un but provincial pertinent, prendra effet en l'absence de législation dans le même champ par le Dominion[75].

L'arrêt *Kerr c. Kerr* a été réitéré dans l'arrêt *Procureur général [Alberta) c. Underwood*[76], dans lequel la Cour suprême du Canada a réitéré ceci : « [traduction] ... le consentement parental est une exigence semblable sur le plan de la qualité aux autres exigences concernant les bans ou les actes de mariage. C'est l'une des formalités à laquelle il faut se conformer pour la cérémonie du mariage, et elle n'a pas trait à la capacité.[77] » Pour en arriver à cette conclusion, la cour a complété la définition de la « célébration du mariage » :

> [traduction]
> La célébration du mariage ne se limite pas à la cérémonie. Elle comprend légitimement les différentes étapes ou les préliminaires qui y conduisent.. La loi de l'Alberta [article 20], essentiellement, traite de ces étapes ou préliminaires dans la province. Elle n'est que territoriale. Elle ne s'applique qu'aux mariages célébrés en Alberta, et elle prescrit les formalités qui doivent prévaloir à la célébration du mariage dans cette province[78].

Le raisonnement appliqué par la Cour pour en arriver à cette conclusion semble difficile à soutenir. Pratiquement toute législation provinciale ne sera « que territoriale » par définition et ne s'appliquera que dans la province concernée. Cependant, cela ne l'empêche pas d'usurper le pouvoir fédéral. Néanmoins, les exigences en matière de consentement parental semblent plus faciles à soutenir du fait qu'elles sont principalement de l'ordre de la procédure plutôt que des restrictions réelles à la capacité des mineurs de se marier.

4. Consanguinité

(a) Restrictions générales

Les restrictions provinciales relatives à la consanguinité soulèvent des enjeux particuliers, car c'est un domaine où le gouvernement fédéral a légiféré. Il est donc sans doute plus difficile

---

[75] *Ibid.* 76.

[76] [1934] R.C.S. 635.

[77] *Ibid.* p. 640 (juge Rinfret).

[78] *Ibid.* p. 639.

pour les tribunaux d'interpréter ces dispositions comme étant strictement de l'ordre de la procédure et il y a un véritable potentiel d'incompatibilité entre les lois fédérales et provinciales.

L'arrêt *Teagle* v. *Teagle*[79] a examiné si une femme peut marier le frère du mari dont elle a divorcé, et ce, alors que ce mari est toujours en vie. Bien qu'il n'y ait eu aucune disposition en jeu, le directeur des statistiques de l'état civil avait imprimé un tableau, au verso d'une déclaration provinciale assermentée utilisée dans les cérémonies du mariage, qui visait à établir les degrés de consanguinité et d'alliance interdits en vertu de la common law. La cour a conclu que le mariage était nul en se fondant sur le droit d'Angleterre tel que transmis à la Colombie-Britannique, mais elle a aussi reconnu qu'il y avait un « [traduction] manque regrettable d'uniformité dans les lois de certaines provinces » et a suggéré qu'il appartient au Parlement de légiférer sur les matières relatives aux degrés de consanguinité prohibés :

> [traduction]
> ... l'état d'obscurité actuel du droit pourrait bien être examiné par le Parlement du Dominion, et clarifié par une législation qui permettrait ou interdirait de tels mariages... L'Ontario, le Manitoba et la Saskatchewan ont adopté chacune leur propre tableau des degrés de consanguinité et d'alliance en prétendant qu'ils ont force de loi. La compétence législative de ces provinces dans les matières qui touchent la validité des mariages peut être sujette à interrogation, mais l'on peut présumer que les actes de mariage sont délivrés en accord avec les tableaux qu'elles ont adoptés[80].

Des questions semblables se sont posées dans *Re Schepull and Bekeschus and The Provincial Secretary*[81], qui portait sur la question de savoir si un homme peut marier légalement la sœur de la femme dont il est divorcé. Comme dans l'arrêt *Teagle* v. *Teagle*, la question ne portait pas sur une législation qui comportait une référence explicite à la consanguinité ou à l'alliance. En clarifiant les pouvoirs du secrétaire provincial de l'Ontario, la cour s'est dite d'accord avec l'avocat des requérants et de la partie intimée que « [traduction] le pouvoir législatif relatif aux

---

[79] [1952] 3 D.L.R. 843 (B.C.S.C.).

[80] *Ibid.* 847 (juge Whittaker).

[81] [1954] O.R. 67 (S.C.).

degrés d'alliance interdits relève du Parlement du Canada et non pas de la législature de l'Ontario » et a ajouté :

> [traduction]
> Si la loi visait à accorder au secrétaire de la province la discrétion de prendre des décisions dans le domaine des degrés d'alliance interdits, elle serait alors inconstitutionnelle...[82]

Re Christians and Hill[83] est un exemple d'absence de compétence provinciale sur la consanguinité. Cette affaire portait sur l'article 13 de la *Marriage Act*[84] qui exigeait que les parties à un mariage éventuel jurent sur un formulaire prescrit par règlement qu'il n'y avait ni alliance ni consanguinité qui empêchaient la célébration du mariage. Les degrés d'alliance et de consanguinité étaient listés au verso du formulaire.

La cour a rejeté le mémoire de la partie intimée selon lequel les degrés de consanguinité interdits définis dans le formulaire n'étaient qu'un « énoncé » de la loi existante et a décidé que la réglementation était inconstitutionnelle, parce qu'un élément de la liste des degrés d'alliance ou de consanguinité était incompatible avec la loi fédérale.

La décision laisse ouverte la question de savoir si une province peut adopter une législation sur les degrés interdits d'alliance et de consanguinité qui est compatible avec le droit législatif ou la common law fédéraux sur le même sujet. Il serait difficile pour une province d'affirmer sa compétence à cet égard. Cependant, si la question de la consanguinité a trait, dans son caractère véritable, à la capacité de se marier plutôt qu'à la célébration du mariage, ce que les tribunaux semblent accepter, elle relève uniquement de la compétence du Parlement et, en vertu de la doctrine de l'exclusivité, les législatures provinciales ne peuvent s'en occuper. La doctrine du double aspect ne peut s'appliquer que pour sauvegarder une telle législation si la loi

---

[82] *Ibid.* 71-72 (juge Spence). À remarquer que même si l'arrêt confirme l'arrêt *Teagle* sur ce point, la décision finale sur la validité du mariage a été différente.

[83] (1981), 123 D.L.R. (3d) 471 (Alta. Q.B.).

[84] R.S.A. 1970, c. 226.

traite d'une matière également valide qui entre dans le champ de compétence provinciale, et les mesures de la consanguinité ne semblent pas être « un pouvoir accessoire » au pouvoir provincial reconnu en matière de célébration du mariage. Enfin, la doctrine de la suprématie ne peut être invoquée que pour assurer que la loi fédérale prévaut lorsque la loi provinciale et la loi fédérale seraient autrement constitutionnelles.

La meilleure interprétation des décisions sur la consanguinité est peut-être que les tribunaux ont donné une « interprétation atténuante » des lois provinciales et, donc, que les tableaux et les formulaires provinciaux sont perçus comme reflétant l'état du droit fédéral ou informant de cet état, plutôt que créant eux-mêmes un empêchement législatif provincial fondé sur les degrés de consanguinité interdits. Cela expliquerait pourquoi la législation attaquée dans *Christians c. Hill* a été considérée inconstitutionnelle, car étant incompatible avec la loi fédérale, elle ne pouvait être interprétée comme reflétant simplement le droit fédéral.

(b) Personnes adoptées

Un domaine où les provinces semblent avoir réussi à affirmer leur compétence en vue d'étendre les exigences en matière de consanguinité est celui de l'application de ces exigences aux personnes adoptées. *Re Broddy et al. and Director of Vital Statistics*[85] portait sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Child Welfare Act*[86]. Celle-ci imposait un état de consanguinité théorique à un enfant adopté et à ses parents adoptifs et, par conséquent, jugeait que les degrés de consanguinité prohibés s'appliquaient aux parents adoptifs en vertu de la loi fédérale.

---

[85] (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.).

[86] R.S.A. 1980, c. 8.

En recourant à la doctrine de la « compétence accessoire », la cour a confirmé la disposition nonobstant le fait qu'elle touchait à la *capacité* des parties de se marier (bien que la cour ait donné une interprétation atténuée de la disposition pour d'autres raisons).

Le raisonnement de la cour était que le caractère véritable de la législation était une matière d'adoption (qui relève de la compétence législative provinciale en vertu des dispositions sur la « propriété et les droits civils » du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), et ne touchait le mariage et le divorce qu'accessoirement.

En examinant la capacité de la province de réglementer la capacité de se marier, la cour a statué :

> [traduction]
> Il a aussi été allégué que la capacité de se marier, en tant que matière de la législation, est exclusivement réservée au Canada. Je n'accepte pas cette proposition.
>
> Il est exact que, dans le contexte de l'analyse de la rubrique de compétence « célébration du mariage » (une autre rubrique de compétence provinciale en vertu de l'art. 92), la jurisprudence rejette toute compétence provinciale sur la capacité de se marier... on a conclu que la célébration avait trait aux formalités et non à la capacité. Mais ici, une province invoque sa compétence en matière d'adoption et non pas en matière de célébration...
>
> Selon ma lecture de [*Re Marriage Law of Canada*], il faut comprendre la célébration uniquement comme un exemple de la façon dont une province peut, dans l'exercice légitime de la compétence législative provinciale, déclarer un mariage invalide[87].

Plus tôt, la cour avait statué :

> [traduction]
> Le requérant allègue premièrement qu'il est inconstitutionnel pour une province de passer des lois qui portent sur la capacité de se marier. Cependant, tant que de telles lois portent sur une matière qui relève d'une rubrique de compétence législative des provinces et n'entre pas en opposition avec une loi fédérale constitutionnelle, elles sont constitutionnelles nonobstant le fait que la même matière présente un aspect qui légitimerait une loi fédérale semblable[88].

En résumé, la cour a établi qu'une province peut adopter une législation qui touche à la capacité des parties de se marier pourvu que la législation relève d'une compétence accessoire

---

[87] *Précité, note* 85, 155-156 (juge d'appel Kerans).

[88] *Ibid.* 153.

à l'exercice autrement légitime d'un pouvoir provincial en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et pourvu que la législation n'entre pas en contradiction avec une législation fédérale légitime sur le même sujet (auquel cas la doctrine de la suprématie devrait être invoquée).

5. Divorce

Les deux matières fédérales que sont le « mariage » et le « divorce » peuvent se recouper, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Helens c. Densmore*[89], qui portait sur une disposition d'une loi de la Colombie-Britannique qui ne permettait le remariage d'une personne divorcée qu'après le jugement d'un appel ou l'expiration du temps pour faire appel.

La majorité des juges a conclu que l'adoption de la disposition n'était pas nécessaire, puisque la common law fédérale (héritée de l'Angleterre) était en vigueur dans la province. Le juge Rand a commenté comme suit :

> [traduction]
> Comme c'était la loi provinciale avant la Confédération, elle est devenue la loi comme si elle avait été adoptée par le Parlement. En tant que loi prépondérante, elle allait déterminer la capacité de se marier d'une personne où que ce soit au Canada; et il ne serait pas question qu'une province ne la reconnaisse pas. Outre les questions de la célébration, avec une source de droit pour le mariage et le divorce, la capacité ou l'incapacité personnelle est la même dans l'ensemble du pays[90].

Il découle de cela que le pouvoir législatif de traiter de la capacité des personnes divorcées de se remarier a été jugé comme relevant exclusivement de la compétence fédérale et devant être couvert par la common law fédérale en l'absence de l'adoption d'une législation fédérale.

6. Validité des mariages

Un aspect fondamental de la décision du Conseil privé dans *Re the Marriage Law of Canada*[91] est que le Parlement ne peut pas alléguer la compétence exclusive sur la validité des mariages, car les provinces peuvent prescrire des conditions pour l'exécution des exigences formelles de

---

[89] [1957] R.C.S. 768.

[90] *Ibid.* 784, juge Rand

la célébration du mariage, y compris de juger un mariage invalide s'il ne satisfait pas aux exigences formelles. Comme la Cour suprême du Canada l'a confirmé dans l'arrêt *Kerr c. Kerr*:

> [traduction]
> Le pouvoir des provinces, par conséquent, s'étend non seulement à la prescription des formalités qui entrent dans les matières désignées par « célébration du mariage »; elles ont le pouvoir d'exécuter les règles prescrites en imposant des pénalités, en appliquant la conséquence de l'invalidité et en appliquant de telles conséquences de manière absolue ou conditionnelle[92].

L'invalidité d'un mariage demeure, toutefois, une conséquence sérieuse que les tribunaux sont hésitants à inférer à moins que les termes de la loi soient clairs :

> [traduction]
> Bien qu'un acte de mariage, la publication des bans ou le consentement des parents soient une condition préalable de la célébration du mariage en vertu de la loi, la non observance de telles exigences ne rend pas le mariage nul ou annulable à moins que la loi le prévoit expressément ou en manifeste nécessairement l'intention claire[93].

C. Conclusions

Comme l'analyse qui précède le démontre, les tribunaux n'ont pas seulement confirmé les lois fédérales qui traitent *prima facie* de capacité et les lois provinciales qui traitent *prima facie* de célébration, mais ils ont aussi confirmé certaines lois provinciales qui *prima facie* semblent avoir trait à la capacité. Les tribunaux ont également dit que les provinces peuvent légiférer concernant les conditions de la célébration qui touchent à la validité d'un mariage.

1. Matières reliées *prima facie* à la capacité

Les conclusions des tribunaux sur la validité des lois reliées *prima facie* à la capacité (consanguinité, sexe, capacité des personnes divorcées, âge) peuvent se résumer comme suit :

---

[91] *Précité*, note 18.

[92] *Précité*, note 60, 75.

[93] Se reporter à *Hobson* v. *Gray*, précité, note 60, p. 410.

(a) Degrés de consanguinité prohibés :

(i) dans les compétences fédérales;

(ii) dans les compétences provinciales pourvu que la loi ne fasse que refléter la loi fédérale ou informer relativement à cette loi;

(iii) dans les compétences provinciales s'il s'agit d'une matière dont le caractère véritable a trait à une autre rubrique de compétence provinciale constitutionnelle telle que l'adoption.

(b) Sexe des parties au mariage :

(i) dans les compétences fédérales;

(ii) dans les compétences provinciales (accessoires).

(c) Capacité des personnes divorcées de se marier :

(i) dans les compétences fédérales.

(d) Exigence de l'âge minimum :

(i) dans les compétences fédérales;

(ii) dans les compétences provinciales lorsque cela concerne seulement la délivrance de l'acte de mariage et non pas la validité du mariage;

(iii) dans les compétences provinciales lorsqu'il s'agit uniquement de consentement parental.

2. Matières reliées *prima facie* à la célébration

Les tribunaux ont déclaré que les lois portant sur les sujets qui suivent relèvent de la compétence des provinces:

(a) restrictions sur qui peut célébrer la cérémonie;

(b) délivrance d'un acte de mariage;

(c) publication des bans.

Bien que plusieurs des matières reconnues comme relevant de la compétence provinciale ne sont pas controversées, l'acceptation du fait que l'exigence d'un âge minimum ait trait au pouvoir en matière de célébration doit certainement étirer les limites de l'interprétation constitutionnelle. L'exigence d'un consentement parental pourrait possiblement être interprétée comme une matière de l'ordre de la procédure qui relève de la compétence provinciale, mais un empêchement absolu du mariage pour les personnes n'ayant pas atteint un certain âge semble relié carrément à la capacité. La justification selon laquelle la restriction en matière d'âge est un

obstacle temporaire, puisque les mineurs n'ont qu'à attendre d'avoir l'âge permis, n'est pas convaincante. Cependant, elle suggère au moins qu'il s'agit d'un moyen de distinguer la restriction en matière d'âge des autres restrictions reliées à la capacité telles que le sexe et la consanguinité.

PARTIE III

MARIAGE ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE

I. Introduction

La question de l'accès au mariage pour les couples constitués de personnes du même sexe peut aider à évaluer de façon plus approfondie les principes établis dans la partie de cette étude qui précède. La jurisprudence est partie du postulat que la restriction du mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe est une matière qui a trait à la capacité et qui relève par conséquent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. La province de Québec, cependant, prétend restreindre explicitement le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe par son article 365 du *Code civil*[94]. Quant à l'Alberta, elle a récemment adopté une législation dont le but explicite est de définir le mariage comme étant limité à une union entre un homme et une femme. La législation de l'Alberta va même aussi loin que d'invoquer la clause « nonobstant » de la Constitution dans son effort pour immuniser l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe contre tout examen minutieux de sa constitutionnalité. Plusieurs autres provinces, bien qu'elles n'interdisent pas explicitement le mariage entre personnes du même sexe, conservent une législation sur le mariage dont le vocabulaire pose clairement le postulat que les requérants d'un acte de mariage doivent être un homme et une femme. Dans la cause *Hendricks et LeBoeuf c. Procureur général du Québec*[95], la constitutionnalité de l'article 365 du *Code civil* du Québec est contestée par deux homosexuels qui désirent se marier. Même si l'article 365 était cassé parce qu'il ne relève pas de la

---

[94] Se reporter à la note 167 ci-dessous.

[95] Demande de jugement déclaratoire déposée le 14 septembre 1998 (Cour supérieure du Québec); aucune date fixée pour l'audition à ce jour.

compétence provinciale, il faudrait encore considérer s'il resterait des obstacles fédéraux au mariage entre personnes du même sexe.

Cette partie du document commencera par un examen des lois fédérales et provinciales qui se proposent de limiter le mariage aux couples constitués d'un homme et d'une femme. Elle se penchera ensuite sur la mesure dans laquelle ces lois relèvent de la compétence du corps législatif concerné.

II. Source des restrictions relatives au mariage entre personnes du même sexe

Lorsqu'on examine la différentes lois fédérales et provinciales qui pourraient servir à restreindre le droit de personnes du même sexe de se marier, il est nécessaire d'envisager à la fois les interdictions explicites et la législation qui peut être interprétée comme représentant une interdiction de ce type de mariage même si aucun vocabulaire particulier n'est utilisé à cet effet. Au palier fédéral, on se penchera sur les dispositions législatives et de la common law. Au palier provincial, on étudiera la législation pertinente de chaque province en matière de célébration du mariage.

A. Fédéral

1. Lois

L'aspect le plus frappant de la réponse du gouvernement fédéral à cette question sur le plan législatif est l'absence de toute interdiction explicite des droits égaux en matière de mariage pour les personnes du même sexe. Tel que mentionné antérieurement, la seule législation du Parlement qui traite explicitement de la capacité de se marier est la *Loi sur le mariage (degrés*

prohibés)[96]. Cette loi prévoit des restrictions sur la consanguinité, mais reste silencieuse en matière de critère relatif au sexe[97].

À deux occasions, la Chambre des communes a tenu des votes pour exprimer son opposition aux droits égaux pour les personnes du même sexe en matière de mariage. Dans chaque cas, toutefois, la prise de position a des conséquences juridiques limitées. Le 8 juin 1999, la Chambre des communes a adopté la motion du Parti réformiste qui suit :

> Que, de l'avis de la Chambre, il est nécessaire, parallèlement au débat public entourant les récentes décisions judiciaires, de confirmer que le mariage est et doit demeurer exclusivement l'union d'un homme et d'une femme, et que le Parlement prendra toutes les mesures voulues pour préserver au Canada cette définition du mariage.

Les mots « dans les limites des compétences du Parlement du Canada » ont été ajoutés à la motion originale par la ministre de la Justice Anne McLellan. Celle-ci a déclaré qu'elle proposait la modification pour « clarifier pour tout le monde à la Chambre et dans le pays qu'en tant que Parlement, nous opérons dans notre champ de compétence[98] ».

La motion a été proposée par le député Eric Lowther, critique du Parti réformiste en matière d'enfants et de familles. Voici sa position :

> [L]a définition du mariage au Canada doit être confirmée et protégée devant les tribunaux, car une décision sur une affaire nous apprend que la définition du mariage comme étant l'union avec une personne du sexe opposé est inconstitutionnelle... Certains disent qu'il ne reste plus qu'à établir complètement le mariage homosexuel au Canada comme pratique normative. Il devient assez évident que tôt ou tard, la définition du mariage comme étant l'union de personnes de sexe opposé sera contestée en cour... Et les enfants ? Les enseignants — et ma femme est enseignante — disent souvent qu'on copie plus facilement qu'on apprend. Un mariage harmonieux et engagé est le terrain le plus propice qui soit pour la socialisation et le développement du caractère d'un enfant... Les enfants qui vivent dans le mariage profitent de ce que leur apportent leur père et leur mère, à la différence des enfants dont les deux parents sont de même sexe[99].

---

[96] S.C. 1990, c. 46.

[97] Cependant, les restrictions ayant trait au frère et à la sœur posent le postulat que les personnes qui désirent se marier sont de sexe opposé.

[98] *Hansard, Débats de la Chambre des communes* (8 juin 1999) par. 1115.

[99] *Hansard, Débats de la Chambre des communes* (8 juin 1999) par. 1025.

La motion a été adoptée par la Chambre des communes par un vote de 182 à 63. Cependant, elle représente uniquement un énoncé de position. À titre de motion présentée lors d'une journée de l'Opposition, elle n'a pas été étudiée par le Sénat, ne constitue pas une législation et n'a pas force de loi.

Le gouvernement fédéral a adopté une disposition semblable durant les débats récents entourant le projet de loi C-23, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, qui a été présenté le 11 février 2000. Ce projet de loi modifie 68 lois fédérales, identifie comme conjoints de fait les couples non mariés constitués de personnes du même sexe ou des deux sexes et étend aux conjoints de fait tous les droits et les responsabilités des couples mariés constitués d'une personnes de chaque sexe (à l'exception des droits et des responsabilités reliés directement à l'institution du mariage, comme les dispositions de la *Loi sur le divorce*). Le sommaire du projet de loi établit l'objectif de la législation comme suit :

> Le texte modifie ces lois pour étendre les avantages et les obligations à *tous* les couples qui vivent ensemble dans une relation conjugale depuis au moins un an, afin de refléter les valeurs — tolérance, respect, égalité — que favorise la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cependant, le 23 mars 2000, le Comité permanent de la Chambre des communes sur la justice et les droits de la personne a voté en faveur de l'adoption d'une modification présentée par le gouvernement au projet de loi C-23, qui ajoutait une clause d'interprétation visant à reconnaître que le mariage n'était accessible qu'aux couples constitués d'une personne de chaque sexe. Cette clause se lit comme suit :

> Règle d'interprétation
>
> **1.1** Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du terme « mariage », soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne.

Au comité, le député Svend Robinson a proposé une motion pour modifier la proposition du gouvernement de manière à ce que le texte se termine après le mot « mariage ». Cela aurait eu pour effet d'affirmer que le projet de loi n'affecte pas la signification du mariage, mais n'irait

pas plus loin et ne définirait pas le mariage comme une institution explicitement constituée d'une personne de chaque sexe. Toutefois, cette motion a été battue.

Le député du Parti réformiste Eric Lowther a alors proposé sa propre motion, qui visait à étendre la modification proposée par le gouvernement de manière que la définition restrictive du mariage s'applique non seulement au projet de loi C-23 mais à « toutes les lois fédérales ». Cette motion a également été battue.

En troisième lecture, le 11 avril 2000, le projet de loi a été adopté par la Chambre des communes, avec la modification. S'il est adopté par le Sénat dans sa forme actuelle, il deviendra le premier texte législatif fédéral à définir le mariage comme étant limité seulement aux couples constitués d'une personne de chaque sexe.

Toutefois, la modification n'est qu'une disposition interprétative et prévoit simplement que les dispositions du projet de loi C-23 « ne changent pas » le sens du terme mariage. Il découle de cela que l'art. 1.1 ne constitue pas en soi une source législative qui interdit le mariage entre personnes du même sexe.

Les fonctionnaires du ministère de la Justice ont donné un témoignage détaillé sur les conséquences juridiques de la modification proposée au cours des audiences du comité :

> **Mme Lisa Hitch (avocate-conseil principale, Équipe de modernisation des avantages et des obligations, ministère de la Justice) :** Comme la ministre l'a répété plusieurs fois, le projet de loi lui-même ne porte pas sur le mariage. Il porte sur les avantages et les obligations qui visent les gens mariés et les autres couples. La disposition interprétative ne s'appliquerait ainsi qu'aux 68 lois qui sont énumérées dans le projet de loi C-23.
>
> **M. Svend Robinson :** ... J'essaie de comprendre ce que vous nous dites. Cela ne changerait donc en rien la question juridique de la capacité de se marier qui relève de la compétence fédérale, n'est-ce pas ?
>
> **Mme Lisa Hitch :** Oui. Les modifications proposées aux 68 lois ne créent pas l'institution du mariage. Elles ne visent qu'à faire en sorte que cette institution soit traitée de la même façon dans toutes ces lois. Si le mot « mariage » ne figurait pas dans ces 68 lois, cela n'aurait aucune incidence sur la capacité juridique de se marier. La définition de mariage ne figure pas dans les lois. C'est à la common law qu'on doit se reporter pour

> connaître les critères régissant un contrat de mariage valide. La *Loi sur le mariage (degrés prohibés)* précise que les gens qui ont des liens consanguins trop rapprochés ne peuvent pas se marier.
>
> **M. Svend Robinson :** Monsieur le président, j'aimerais avoir une précision. Si l'on contestait dans l'avenir la question de la capacité de se marier qui relève de la compétence fédérale comme on l'a fait dans *Layland* et *Beaulne*, dois-je comprendre, d'après ce que nous dit le témoin, que le procureur général ne pourrait pas se reporter à l'amendement principal pour établir qui pourrait se marier. Ai-je bien compris ?
>
> **Mme Lisa Hitch :** S'il y avait contestation juridique de la définition de mariage, la contestation devrait porter sur la définition juridique qui figure dans la jurisprudence de common law qui a cours au Canada depuis la Confédération. Le procureur général citerait sans doute cette disposition à l'appui de cet argument — je ne devrais pas donner d'avis sur des cas hypothétiques —, mais ce n'est pas cette disposition qui crée la capacité juridique de se marier au Canada.
>
> ... Toutefois, je peux vous affirmer que si jamais on conteste devant les tribunaux la définition juridique du mariage, ce ne pourrait être sous la forme d'une contestation du présent projet de loi, ni en tout ni en partie. On pourrait très bien parler du fait qu'existe cette formulation dans le projet de loi, mais la contestation devrait s'opposer à la source de la capacité juridique de contracter un mariage, qui provient de la common law au niveau fédéral[100].

Cette partie de la transcription établit que la modification qui définit le mariage n'est qu'interprétative, s'applique seulement aux lois mentionnées dans le projet de loi C-23 et n'établit pas en soi une interdiction prévue par la loi en ce qui concerne le mariage entre personnes du même sexe, interdiction dont le ministère de la Justice reconnaît que la provenance est la common law fédérale. Le seul effet de la disposition interprétative est qu'elle peut être citée pour appuyer la position du gouvernement lors d'une prochaine contestation en cour de la common law.

Il faut remarquer qu'au palier fédéral, il y a eu occasionnellement des tentatives d'intervention en matière des droits au mariage des couples constitués de personnes du même sexe de manière à les étendre plutôt qu'à les restreindre. En 1997, par exemple, le député Svend Robinson a déposé un projet de loi d'initiative parlementaire qui visait à étendre le droit de se marier aux personnes de même sexe. Le projet de loi C-385 modifierait le nom de la *Loi sur le*

---

[100] *Hansard, Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (23 mars 2000), par. 1100–1105, 1110.

mariage (degrés prohibés), qui deviendrait *Loi concernant la capacité de contracter mariage*, et ajouterait ce qui suit après l'article 4[101] :

> 4.1 Un mariage entre deux personnes n'est pas invalide du seul fait que ces personnes sont du même sexe[102].

2. Common law

(a) Y a-t-il une interdiction en vertu de la common law ?

Le gouvernement du Canada a pris la position claire que la common law fédérale interdit aux personnes du même sexe de se marier. La ministre de la Justice Anne McLellan, prenant la parole en appui à la motion du Parti réformiste qui définit le mariage comme une institution exclusivement pour hétérosexuels, a déclaré :

> Comme il est dit dans la motion, le terme « mariage » est clairement défini en droit. La définition ne se trouve peut-être pas dans un texte législatif, mais toute loi ne se trouve pas nécessairement dans un texte législatif et une loi n'est pas moins contraignante parce qu'elle se trouve dans la common law plutôt que dans un texte législatif.
>
> La définition de mariage qui est appliquée systématiquement au Canada depuis une cause britannique rendue en 1866 est « l'union d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre union ». Cette cause et cette définition sont considérées comme ayant force de loi par les Canadiens ordinaires, par les universitaires et par les tribunaux. Les tribunaux ont confirmé la constitutionnalité de cette définition.
>
> ... la définition du mariage est sans équivoque. Le terme est clairement défini dans la loi canadienne et ce sont les tribunaux qui ont clarifié cette définition... la définition du mariage comme une union entre un homme et une femme existe dans la common law du Canada et de notre système de justice. Elle figure également dans le droit civil du Canada[103].

La ministre a réitéré cette position dans ses déclarations publiques entourant le projet de loi C-23. Durant son discours à l'étape de la deuxième lecture, elle a déclaré :

> Et surtout, le projet de loi C-23 accomplit tout cela tout en respectant la définition actuelle en droit et le consensus social selon lesquels le mariage est uniquement et exclusivement l'union entre un homme et une femme... La définition de mariage qui a toujours été utilisée au Canada, et qui a été réaffirmée l'année dernière par une

---

[101] Comme cela se produit couramment dans le cas d'un projet de loi d'initiative parlementaire, cependant, ce projet de loi n'a pas été adopté ou choisi pour passer à l'étape des audiences en comité ou du débat.

[102] Projet de loi C-385, *Loi modifiant la Loi sur le mariage (degrés prohibés) (mariage entre personnes du même sexe)* (1re session, 36e Parl., 1997).

[103] *Hansard, Débats de la Chambre des communes* (8 juin 1999), par. 1100.

> résolution de la Chambre, date de 1866. Elle nous a bien servis et ne sera pas modifiée[104].

La décision britannique de 1866 à laquelle il est fait référence est l'arrêt *Hyde* v. *Hyde & Woodmansee*[105], qui traitait de polygamie. La cour a établi la définition du mariage qui suit :

> [traduction]
> Je conçois que le mariage, tel que compris dans la chrétienté, peut à cette fin être défini comme étant uniquement et exclusivement l'union volontaire et pour la vie d'un homme et d'une femme.

Cette définition a été adoptée par un tribunal canadien dans l'arrêt *North and Matheson*[106], le premier arrêt canadien à se pencher sur la common law reliée au mariage entre personnes du même sexe.

L'arrêt *North and Matheson* portait sur deux homosexuels canadiens qui s'étaient conformés aux exigences de la *Loi sur le mariage* en ce qui concerne la publication des bans, la délivrance de certificats médicaux, la célébration du mariage par une personne dûment qualifiée en présence de témoins ainsi que la délivrance d'une acte de mariage et des autres documents nécessaires. Le registraire avait néanmoins refusé d'enregistrer le mariage. Les requérants avaient alors cherché à obtenir une ordonnance pour le forcer à le faire.

Le juge Philp, CO CT, a reconnu qu'aucun texte législatif fédéral ou provincial ne proposait de limiter le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe et s'est ensuite penché sur les exigences prévues dans la common law. Il a rejeté la requête des requérants en se fondant sur la définition du mariage que l'on trouve dans l'arrêt *Hyde* et sur la conclusion de l'arrêt *Corbett* v. *Corbett (Ashley) (No. 2)*[107]. Dans ce dernier cas, le juge Ormond a statué que « [traduction] la capacité des rapports sexuels hétérosexuels naturels » est un élément essentiel du concept du mariage.

---

[104] *Hansard, Débats de la Chambre des communes* (15 février 2000), par. 1100.

[105] (1866), L.R. 1 P&D 130-133 [ci-après l'arrêt *Hyde*].

[106] *Précité*, note 56.

L'arrêt *Corbett* s'est penché sur la question de savoir si un homme transformé en femme était une « épouse ou une femme aux fins du mariage ». Le requérant savait au moment du mariage que l'intimée était un homme à la naissance et que celui-ci avait eu une inversion sexuelle chirurgicale comportant la « fabrication d'un vagin artificiel ». Après 14 jours de mariage, le requérant a déposé une requête pour obtenir une déclaration à l'effet que le mariage était nul et sans effet parce que l'intimée était une personne du sexe masculin. Le juge Ormond a accordé la requête sur la base, premièrement, que l'intimée était un homme et, deuxièmement, que l'intimée n'était pas en mesure de consommer le mariage.

L'arrêt *Corbett* a été appliqué par la Cour de l'Ontario (Division générale) dans l'arrêt *C.(L.)* v. *C.(C.)*[108]. Dans cette cause, la cour a statué qu'un mariage entre une femme et une femme transformée en homme était nul parce que le droit « [traduction] tel qu'il est actuellement » ne permet pas le mariage entre personnes du même sexe.

L'interdiction des droits égaux en matière de mariage pour les personnes du même sexe a été contestée en vain dans la cause *Layland*[109], dans laquelle la cour s'est demandé si la common law limitait le mariage à des couples constitués d'une personne de chaque sexe. Le juge Southey, au nom de la majorité, s'est fondé sur l'arrêt *North and Matheson* et a convenu que les personnes du même sexe sont exclues du mariage par la common law, en déclarant ce qui suit :

> [traduction]
> Les unions entre personnes du même sexe ne sont pas des « mariages » en raison de la définition du mariage[110].

---

[107] [1970] 2 All E.R. 33, p. 48 [ci-après l'arrêt *Corbett*].

[108] (1992), 10 O.R. (3d) 254 -256.

[109] *Précité*, note 58.

[110] *Ibid.* 223.

(b) Critiques des arrêts *Hyde* et *Corbett*

Bien que les arrêts *Hyde* et *Corbett* aient constitué le fondement sur lequel les tribunaux canadiens ont appuyé leur conclusion que la common law limite le mariage à des personnes de sexe opposé, il faut reconnaître qu'ils n'ont pas été adoptés ou appliqués universellement. En réalité, la définition apocryphe du mariage sur laquelle s'est fondée l'arrêt *Hyde* ne reflète plus le droit moderne du mariage. Dans l'ère post-Charte qui en est une de diversité religieuse, par exemple, il ne serait pas pertinent de fonder une définition juridique du concept du mariage « [traduction] tel que compris dans la chrétienté » et le mariage n'est plus nécessairement une « union pour la vie » sur le plan juridique.

Les sources sur lesquelles se fonde l'arrêt *Hyde* lui-même font preuve d'une manière étroite d'aborder la question de la diversité religieuse. L'arrêt *Warrender* v. *Warrender*[111], par exemple, affirme que « [traduction] le mariage est essentiellement la même et unique chose dans l'ensemble du monde chrétien » et distingue le mariage chrétien du « mariage des incroyants ».

Après l'arrêt *Hyde*, d'autres points de vue ont commencé à émerger. Dans l'arrêt *Cheni* v. *Cheni*[112], la cour a reconnu un mariage susceptible d'être polygame en articulant le critère pertinent de la politique publique comme suit :

> [traduction]
> [L]e véritable critère e[st] de savoir si le mariage offense tellement la conscience de la cour anglaise qu'elle devrait refuser de reconnaître et de donner effet à la loi étrangère pertinente. Dans sa décision sur cette question, la cour cherchera à faire preuve de bon sens, de bonnes manières et d'une tolérance raisonnable. À mon avis, la conscience judiciaire répugnerait à reculer devant l'idée d'un mariage acceptable pour nombre de personnes qui ont des convictions religieuses profondes, de hautes aspirations morales et un degré élevé de civilisation.

Au Canada, le juge Cory, dans *Re Hassan and Hassan*[113], a considéré qu'un mari et une femme qui avaient immigré au Canada et élu domicile en Ontario et qui étaient parties à un

---

[111] (1835), 2 Cl. & F 531, p. 532; 6 E.R. (H.L.) 1239-1255. Se reporter à *Ardasser Curseljee* v. *Perozeboye* (1856) 10 Moo. P.C. 375.

[112] [1962] 3 All E.R. 873-883 (Division provinciale).

mariage conclu dans leur pays d'origine et susceptible d'être polygame, étaient assujettis à la loi de l'Ontario. Leur mariage a été converti *de facto* en un mariage monogame. Il a donc conclu que les parties au mariage avaient droit à l'exonération matrimoniale, y compris, dans le cas de la femme, en vertu de la *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*[114].

Pour fixer cette décision, le juge Cory a statué que la règle utilisée dans l'arrêt *Hyde* ne s'applique pas au Canada, qui accueille des immigrants qui proviennent d'une grande variété de pays et possèdent une grande variété d'antécédents. Le juge Cory a résumé l'arrêt *Hyde* en disant que « [traduction] la cour a considéré les effets d'un mariage polygame et a comparé ce dernier à ce qu'il a qualifié de « mariage chrétien »[115]. Le juge Cory a ensuite passé à « [traduction] l'examen de l'histoire de l'érosion graduelle et de l'abandon final, en Angleterre, du principe défini dans l'arrêt *Hyde* v. *Hyde*[116] ». En définitive, le juge Cory a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle « [traduction] la cause *Hyde* v. *Hyde* ne reflète pas la common law de la province d'Ontario[117] ».

Dans le même ordre d'idées, la compréhension qu'a la société des questions de transexualité a évolué considérablement depuis l'arrêt *Corbett*, qui n'a pas été suivi dans plusieurs autres juridictions. Dans l'arrêt *M.T.* v. *J.T.*[118], la division d'appel de la cour supérieure du New Jersey s'est penchée sur une cause de mariage ayant trait à une inversion sexuelle chirurgicale homme-femme. La cour s'est dite en désaccord avec la conclusion *Corbett* selon laquelle « [traduction] le sexe est en quelque sorte irrévocablement établi au moment de la naissance et

---

[113] (1976), 12 O.R. (2d) 432 (Haute Cour de justice de l'Ontario).

[114] L.R.O. 1970, c. 128.

[115] *Précité*, note 113, p. 434.

[116] *Ibid.*

[117] *Ibid.* 433, 439.

[118] 355 A. 2d 204 (1976).

que pour statuer sur la capacité de se marier, le sexe, sur le plan biologique, devrait être la norme exclusive[119] ». La cour a émis ce commentaire :

> [traduction]
> Notre dérogation à la thèse *Corbett* n'est pas une question de sémantique. Elle découle d'une compréhension fondamentalement différente de ce que l'on entend par « sexe » à des fins matrimoniales. La cour d'Angleterre pensait apparemment que le sexe et le statut étaient des phénomènes disparates... La preuve et la jurisprudence que nous avons examinées montrent toutefois que le sexe ou la sexualité d'une personne englobe son statut, c'est-à-dire l'image de soi, le sens profond, sur les plans psychologique et émotionnel, de l'identité et des traits caractéristiques sexuels...
>
> Cette reconnaissance favorisera la recherche personnelle de la paix et de la joie intérieures tout en ne desservant ni intérêt ou principe de la société ni l'ordre public ni le précepte de la moralité[120].

La majorité des juges de la cour d'appel criminelle de la Nouvelle-Galles du Sud a adopté cette formulation de la cour supérieure du New Jersey et a refusé de suivre l'arrêt *Corbett* dans la cause *R.* v. *Harris and McGuinness* :

> [traduction]
> Au moment de la décision, l'arrêt *Corbett* était considéré comme une balise sur des océans largement inexplorés. Dans les années qui ont suivi, plusieurs juridictions ont voyagé sur ces océans, mais la balise n'a aucunement été universellement reconnue comme fournissant une aide sûre à la navigation. De plus, comme une attitude de plus grande commisération et tolérance à l'égard du problème de la sexualité humaine se profile parmi les pays civilisés du monde, le fondement de cette décision reposant sur les facteurs cliniques présents à la naissance a subi des critiques croissantes. La poursuite de son application, même dans le domaine du mariage et du divorce au Royaume-Uni, est depuis un certain temps au moins remise en question[121].

Dans l'arrêt *R.* v. *Cogley*[122], la cour des appels criminels de Victoria a également refusé de suivre l'arrêt *Corbett* et a plutôt adopté le raisonnement du juge de première instance, qui a statué :

> [traduction]
> ... la loi devrait considérer comme une femme une personne ayant connu une inversion sexuelle homme-femme lorsque l'identité centrale est établie (c.-à-d. la personnalité psychologique ou les traits caractéristiques de la personne concernée) et quand il y a eu inversion sexuelle chirurgicale[123].

---

[119] *Ibid.* 209. Cependant, la cour s'est fondée sur le postulat que le mariage ne se peut qu'entre un homme et une femme.

[120] *Ibid.* p. 209, 211.

[121] (1988), 17 N.S.W.L.R. 158-160.

[122] (1989), 41 A. Crim. R. 198.

[123] *Ibid.* p. 201-202.

Dans l'arrêt *Secretary, Department of Social Security* v. *S.R.A.*[124], la cour fédérale d'Australie s'est penchée sur la requête de la partie intimée, un homme transexuel qui n'avait pas connu une inversion sexuelle chirurgicale homme-femme, relativement à des avantages sociaux en tant que « femme » ou « épouse ». La cour a fait la distinction avec l'arrêt *Corbett* et a plutôt penché pour qu'un grand nombre de facteurs soient examinés lorsqu'il faut établir le sexe, y compris :

1. les facteurs chromosomiques;
2. les facteurs gonadiques (présence ou absence de testicules ou d'ovaires);
3. les facteurs génitaux, y compris les organes sexuels internes autres que les gonades (c.-à-d. un utérus ou un canal inguinal);
4. les caractéristiques sexuelles secondaires (p. ex. la pilosité du visage);
5. le sexe au jeune âge (habituellement le sexe attribué à la naissance) ou la détermination officielle du sexe;
6. les facteurs psychologiques, y compris la condition subjective de l'identité sexuelle ou de la possession d'un statut[125].

La cour a décidé en définitive que la partie intimée n'était pas admissible à une pension à titre d'épouse en vertu de la Loi, mais elle a considéré qu'elle aurait pu entrer dans cette catégorie si elle avait connu une inversion sexuelle chirurgicale réussie.

Même si ces causes montrent que les tribunaux demeurent fortement influencés par les critères biologiques lorsqu'ils ont affaire à des transsexuels, il est également clair que le rejet ferme de l'identité transsexuelle dans l'arrêt *Corbett* ne correspond plus à la compréhension qui se développe dans la société et dans les lois au sujet des questions reliées au sexe et à l'identité.

La question reste donc ouverte : une décision prise en Angleterre en 1866, qui se limitait à l'examen d'une affaire de polygamie, et une décision prise en Angleterre en 1970, qui démontre

---

[124] (1993) 118 A.L.R. 467 (F.C.A.).

[125] *Ibid.* 483 (juge Lockhart).

une compréhension très limitée de la transsexualité, devraient-elles continuer de constituer le fondement de la common law canadienne en matière de mariage au XXI[e] siècle.

(c) Dévelopment de la common law

Bien que le point de vue prédominant des tribunaux est que la common law interdit le mariage entre personnes du même sexe, il faut remarquer que la question n'a jamais été examinée par une cour d'appel au Canada et que les tribunaux ont toujours affirmé que la common law est assez souple pour s'adapter à l'évolution des réalités sociales.

Dans l'arrêt *R. c. Salituro*[126], par exemple, la Cour suprême du Canada a développé une exception à la règle de la common law en matière d'habilité des conjoints en disant :

> À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier... Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone.
>
> ... notre Cour a manifesté sa volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général.
>
> Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu.

En décidant de développer une exception à la règle de la common law, la Cour suprême subissait l'influence de l'évolution du mariage :

> La règle selon laquelle la femme était inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur découlait naturellement de la place juridique qu'elle occupait à cette époque. Du fait du mariage, la femme perdait son identité juridique propre... La prépondérance du lien du mariage sur la valeur du choix individuel dans les cas de séparation irrémédiable était peut-être légitime à l'époque de lord Coke, où la personnalité juridique de la femme était incorporée à celle de son mari lors du mariage, mais elle ne l'est plus à l'ère de la *Charte*.[127]

---

[126] [1991] 3 R.C.S. 654-665, 666, 670.

[127] *Ibid.* p. 671, 674.

Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *R. c. Swain*[128], la Cour suprême du Canada a confirmé que le rôle des tribunaux dans la modification de la common law était nécessaire pour qu'elle se conforme aux valeurs véhiculées par la Charte. Ces principes ont été appliqués par le juge Greer (dissident) dans l'arrêt *Layland* pour remettre en question la poursuite de la validité de l'interdiction prévue par la common law relativement au mariage entre personnes du même sexe. Comme l'a observé le juge Greer :

> [traduction]
> Que la common law se développe pour répondre aux besoins sociaux n'est pas un nouveau concept... La common law n'est pas statique. Il est dans sa nature d'être capable de se développer pour répondre aux besoins croissants de la société.[129]

(d) Procréation et consommation du mariage

Il est clair que les préoccupations au sujet de la procréation ont été centrales jusqu'à ce jour dans la volonté des tribunaux de conserver l'interdiction prévue dans la common law relativement au mariage entre personnes du même sexe. Dans l'arrêt *Layland*, le juge Southey déclare :

> [traduction]
> Le but principal du mariage ne peut pas, en règle générale, être atteint dans une union homosexuelle en raison des limites biologiques d'une telle union. C'est cette réalité que reconnaît le mariage limité aux personnes de sexe opposé... pour l'État, pour les religions et pour la société, l'institution du mariage vise à favoriser la procréation des enfants[130].

Dans le même ordre d'idées, le juge LaForest (au nom de la minorité des juges de la Cour suprême du Canada sur ce point) a exprimé le point de vue incident qui suit dans l'arrêt *Egan c. Canada* :

> Le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que

---

[128] [1991] 1 R.C.S. 933.

[129] *Précité*, note 58, 223-224.

[130] *Ibid.* 222.

> ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent[131].

Lorsqu'on se penche sur la question de savoir si la common law interdit le mariage entre personnes du même sexe, il est pertinent d'examiner jusqu'à quel point la procréation continue de faire partie intégrante du mariage.

Bien qu'on ait traditionnellement exigé des parties à un mariage d'avoir la capacité de le consommer, il existe une fausse conception répandue selon laquelle la « non-consommation » était un motif d'annulation. En réalité, la loi exigeait simplement qu'il y ait une capacité sexuelle, pas de l'utiliser[132].

L'inhabilité à consommer le mariage le rendait annulable seulement[133]. Contrairement aux mariages qui sont nuls *ab initio*, les mariages qui sont simplement annulables ouvrent la voie à des conséquences juridiques et sont des mariages valides et non périmés à moins que et jusqu'à ce qu'une cour prononce qu'ils sont nuls et sans effet. Ils ne peuvent être contestés que par les parties elles-mêmes et seulement durant leur vie commune[134].

De plus, la stérilité n'était pas en soi un motif d'annulation[135], ce qui laisse à penser que le véritable potentiel de procréation n'était pas une condition préalable à un mariage valide.

En se fondant sur ces principes, les tribunaux canadiens ont reconnu la validité des « mariages de convenance » où les parties choisissent de se marier pour des raisons personnelles, émotionnelles ou romantiques et n'ont pas l'intention ou la capacité de procréer. Dans l'arrêt

---

[131] [1995] 2 R.C.S. 513, p. 535-536. (ci-après l'arrêt *Egan*).

[132] Fodden, S. et Fine, J. David, « Annulment of Marriage for Impotence in the Common Law of Canada » (1973) 8 R.F.L. 129.

[133] *D.* v. *D.*, [1973] 3 O.R. 82 (H.C.).

[134] Fodden, ouvrage précité, note 132; *De Reneville* v. *De Reneville*, [1948] 1 All E.R. 56.

[135] *Tice* v. *Tice*, [1937] O.R. 233, confirmé [1937] 2 D.L.R. 591 (C.A.).

Foster v. *Foster*[136], par exemple, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé de rendre un décret de nullité dans le cas d'une femme mariée à un homme âgé de 76 ans qui n'avait pas la capacité de consommer le mariage en raison de son âge avancé.

Dans la même veine, dans l'arrêt *Norman* v. *Norman*[137], le juge Steinberg a refusé d'accorder une ordonnance déclarant un mariage nul et sans effet en raison d'un mari âgé incapable de consommer le mariage. La femme du requérant a reconnu que la principale motivation de son mariage était d'avoir de la compagnie et qu'elle n'en n'attendait pas des relations sexuelles. La cour a qualifié la relation de « mariage platonique » et a confirmé sa validité.

Comme un auteur l'a observé, la jurisprudence actuelle permet à tous les couples constitués d'une personne de chaque sexe de se marier sans égard à la capacité de procréation ou à la volonté d'avoir des enfants, et elle exclue tous les mariages entre personnes du même sexe même si ces personnes ont déjà procréé ou veulent le faire[138]. Une telle attitude est une mauvaise interprétation si l'on veut favoriser la procréation et est incompatible avec le but d'offrir un milieu favorable et stable pour élever des enfants.

(e) La nature évolutive du mariage

Lorsqu'on envisage la portée de la règle de la common law, il faut reconnaître que le mariage a démontré sa capacité à évoluer au fil du temps de manière à mieux répondre aux exigences de l'égalité.

Par exemple, ce n'est pas seulement en rapport avec les personnes du même sexe que la procréation a été utilisée pour justifier le refus d'accorder le droit de se marier. À une certaine

---

[136] [1953] 2 D.L.R. 318.

[137] (1979), 9 R.F.L. (2d) 235 (Ont U.F.C.).

[138] Wintemute, Robert, « Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same-Sex Couples and the Charter in *Mossop*, *Egan* and *Layland* » (1994) 39 McGill L.J. , p. 429-433.

époque, la procréation servait de logique pour conserver les lois interdisant les croisements entre races[139]. Dans *State* v. *Jackson*, la cour a eu ce commentaire :

> [traduction]
> Il est établi comme un fait authentique que si un homme noir et une femme blanche ainsi qu'un homme blanc et une femme noire se marient, il est impossible qu'ils aient une descendance et un tel fait justifie amplement les lois qui interdisent le mariage entre Noirs et Blancs...[140]

Des points de vue semblables ont été exprimés dans *Scott* v. *State* :

> [traduction]
> Nos observations quotidiennes nous montrent que les descendants de ces relations contre-nature sont généralement maladifs et efféminés et qu'ils sont inférieurs sur le plan du développement physique et de la force que les descendants de sang pur de l'une ou l'autre des races.[141]

Dans l'arrêt *Naim* v. *Naim*[142], l'on a considéré que l'État de Virginie avait un but légitime pour conserver ses lois anti-croisements afin, entre autres choses, de « [traduction] préserver l'intégrité raciale de ses citoyens », prévenir « la corruption du sang », éviter un « abâtardissement des citoyens » et « la disparition de la fierté raciale ».

Cependant, en bout de ligne, la cour suprême des États-Unis, avec l'arrêt *Loving* v. *Virginia*[143], a cassé les lois anti-croisements de la Virginie et a confirmé que le mariage est une institution fondamentale fondée sur le principe de l'égalité. Le juge de première instance avait commué la peine d'un an de prison des Loving en un exil de l'État de Virginie en émettant ce commentaire :

> [traduction]
> Dieu tout-puissant a créé les races blanche, noire, jaune, malaisienne et rouge et il les a placées sur des continents différents. Et à moins d'une interférence dans cet arrangement, il n'y a aucune raison à de tels mariages. Le fait qu'il a séparé les races montre qu'il n'avait pas l'intention que les races se croisent.[144]

---

[139] Se reporter à APPLEBAUM, H. M., *Miscegenation Statutes: A Constitutional and Social Problem*, (1964) 53 Geo. L.J. 49.

[140] 80 Mo. 175-179 (1883); cité dans APPLEBAUM, *Ibid.*, note 108.

[141] 39 Ga. 321-323 (1869); cité dans Applebaum, *Ibid.*, note 108.

[142] 87 S.E., 2d., 749-756 (1955).

[143] 18 L. Ed. 2e, 1012 (U.S.S.C.).

[144] *Cité Ibid.* 1013.

À la cour suprême, le juge en chef Warren, au nom de la majorité des juges, a déclaré :

> [traduction]
> Manifestement, il n'y a pas de but transcendant dénué de discrimination raciale malicieuse qui justifie cette catégorisation... Nous avons constamment refusé la constitutionnalité de mesures qui limitent les droits des citoyens en se fondant sur la race... Le mariage est l'un des « droits fondamentaux de la personne », fondamental pour notre existence et notre survie mêmes [*Skinner v Oklahoma*, 316 US 535]... Refuser cette liberté fondamentale sur une base aussi insupportable que la catégorisation raciale englobée dans ces lois, des catégorisations si directement subversives à l'égard du principe de l'égalité qui est au cœur du Quatrième amendement, est certainement une privation de la liberté de tous les citoyens de l'État sans l'application régulière de la loi[145].

Des changements semblables sont survenus en ce qui concerne l'égalité des femmes. Dans l'arrêt *Durham* v. *Durham*[146], qui date, la cour a défini le mariage en faisant référence à des « [traduction] rapports naturels qui découlent de cet engagement, tels que la protection de la part de l'homme et la soumission de la part de la femme. » Dans la même veine, Blackstone a décrit le statut juridique de la femme mariée comme suit :

> Par le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi; c'est-à-dire que l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari, sous la protection, l'abri, le *couvert* duquel elle agit en tout point...

Ce passage a été cité par la Cour suprême du Canada dans *R.* v. *Salituro*[147] pour montrer à quel point la nature du mariage a changé.

Le juge Greer, dissident dans l'arrêt *Layland*, a également reconnu la nature évolutive de la common law dans le contexte des droits en matière de mariage pour les personnes du même sexe en disant :

> [traduction]
> Il y a même eu un temps dans l'histoire où une femme devenait la propriété de son mari... La common law et le droit législatif changent tous deux pour répondre à une société en évolution[148].

---

[145] *Ibid.* 1017.

[146] (1885), 10 P.D. 80-82.

[147] *Précité*, note 126, p. 671-672.

[148] *Précité*, note 58, 236-237.

Dans les temps modernes, le mariage est reconnu comme un partenariat entre personnes égales. Cette idée se reflète dans des lois comme la *Loi sur les droits de la famille*[149] dont le préambule déclare :

> ... il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société...

Dans la même veine, le préambule de la *Loi sur les biens matrimoniaux* du Manitoba[150] prévoit ce qui suit :

> Attendu que le mariage constitue une institution au sein de laquelle les obligations et les responsabilités sont partagées entre des parties auxquelles la jouissance de droits égaux est reconnue;

La Cour suprême du Canada définit davantage la perception grandissante du mariage comme étant une institution de soutien mutuel. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*[151], la juge L'Heureux-Dubé écrit :

> Le mariage peut indiscutablement être pour eux une source d'avantages qu'il est difficile de quantifier économiquement. Nombreux sont ceux qui croient que le mariage et la famille assurent le bien-être émotif, économique et social des membres de la cellule familiale. Celle-ci peut être un havre de sécurité et de confort, ainsi qu'une oasis où ses membres ont leur contact humain le plus intime. Le mariage et la famille représentent un système de soutien émotif et économique aussi bien qu'un lieu d'intimité. À cet égard, la cellule familiale sert des intérêts personnels vitaux et elle peut être liée au développement d'un « sens global de la personnalité »[152].

Tout comme le mariage s'est adapté pour refléter les besoins en matière d'égalité des sexes et raciale, il est possible que l'interdiction présumée que l'on retrouve dans la common law fédérale au sujet des droits égaux en matière de mariage pour les personnes du même sexe soit revisitée par la magistrature dans le cadre de l'évolution naturelle de la common law.

---

[149] L.R.O. 1990, c. F.3.

[150] R.S.M. 1987 c. M45.

[151] [1992] 3 R.C.S. 813.

[152] *Ibid.* p. 848.

B. Constitutionnalité des restrictions provinciales en matière de mariage entre personnes du même sexe

1. Introduction

Compte tenu que la capacité de se marier relève exclusivement de la compétence fédérale, la constitutionnalité des lois provinciales qui se proposent d'imposer des exigences quant au sexe relativement au mariage soulève des questions.

Relativement aux exigences en matière de sexe, les lois provinciales qui traitent de mariage se retrouvent dans cinq catégories :

(a) lois sans distinction de sexe ou qui ne contiennent aucune restriction en matière de mariage entre personnes du même sexe;

(b) lois qui font référence ou qui établissent un lien avec les exigences fédérales;

(c) lois qui comportent un vocabulaire qui fait la distinction des sexes et qui limitent implicitement le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe;

(d) lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe;

(e) lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe et qui invoquent la clause « nonobstant » de la Constitution pour empêcher un examen judiciaire minutieux relativement à leur constitutionnalité.

Il faut toutefois remarquer que ces catégories ne sont pas mutuellement exclusives. Le tableau qui suit résume les catégories dans lesquelles entre la législation de chaque province et territoire :

Province Territoire	(a) sans distinction de sexe	(b) lien avec les exigences fédérales	(c) distinction de sexe	(d) interdiction explicite pour personnes du même sexe	(e) recours à la clause nonobstant
C.-B.	✓	✓			
ALB.				✓	✓
SASK.		✓	✓		
MAN.	✓	✓			
ONT.		✓	✓		
QUÉ.				✓	
N.-B.		✓			
N.-É.		✓	✓		
Î-P.-É.			✓		
T.-N.		✓	✓		
YUKON	✓	✓			
T.N.-O.	✓	✓			
NUNAVUT	✓	✓			

2. Catégories de Droit provincial

La constitutionnalité de chaque catégorie de lois exige un examen.

(a) Lois sans distinction de sexe ou qui ne contiennent aucune restriction en matière de mariage entre personnes du même sexe

Certaines provinces ont toujours une législation qui utilise des mots tels que « époux » ou « épouse », mais n'exigent pas explicitement que les couples soient composés d'une personne de chaque sexe. Par exemple, le par. 7(3) de la loi du Manitoba prévoit ceci :

> Par. 7(3) Un mariage célébré par un commissaire aux mariages ne requiert aucune forme particulière sauf en présence des témoins et du commissaire aux mariages, faire cette déclaration : « Je déclare solennellement ne connaître aucun empêchement légal s'opposant à ce que moi, A.B., je m'unisse par les liens du mariage à C.D. » Chacune des parties doit déclarer à l'autre : « Je demande aux personnes ici présentes d'être témoins de ce que moi, A.B., je te prends, C.D., comme légitime épouse (époux) »[153].

Ce paragraphe prévoit donc que les parties déclarent être l'épouse « ou » l'époux de l'autre, mais il n'exige pas explicitement que les deux soient de sexe opposé. Deux lesbiennes qui

---

[153] *Loi sur le mariage*, R.S.M. 1987, c. M-50.

déclareraient être toutes deux l'épouse de l'autre ne dérogeraient pas, au vu du paragraphe 7(3), aux exigences prévues. Le par. 8(1) de la législation réfère à un mariage entre « deux personnes »[154].

Le texte de la législation de la Colombie-Britannique[155], du Yukon[156], des Territoires du Nord-Ouest[157], et du Nunavut est semblable[158].

Il est probable qu'en adoptant une législation sans distinction de sexe mais qui contient des mots tels que « époux » ou « épouse », la législature provinciale a présumé que les parties à un mariage seraient de sexe opposé. Cependant, rien dans la législation en soi ne prescrit une exigence en matière de sexe. Clairement, il n'existe pas de difficulté sur le plan de la compétence dans les lois sur le mariage de ces provinces qui conservent une terminologie sans distinction de sexe. Ces lois ne se proposent pas d'imposer des restrictions en matière de sexe aux parties ni d'usurper la compétence fédérale en matière de capacité de se marier. Si la loi fédérale devait permettre aux personnes du même sexe de se marier entre elles, ces lois provinciales demeureraient compatibles avec la loi fédérale.

---

[154] Les articles 2 et 29 chevauchent également la catégorie (b) en faisant référence au mariage entre personnes qui « ne font l'objet, à cet effet, d'aucun empêchement légal ».

[155] *Marriage Act*, R.S.B.C. 1996, c. 282, art. 20. Le paragraphe 7(1) réfère également à un mariage « [traduction] entre deux personnes [qui] ne font l'objet, à cet effet, d'aucun empêchement légal ».

[156] *Loi sur le mariage*, R.S.Y. 1986, c. 110, art. 13(b). Le paragraphe 7(1) réfère également à un « mariage de personnes susceptibles d'aucun empêchement dirimant ».

[157] *Loi sur le mariage*, R.S.N.T. 1988, c. M-4, par. 3(b). Le paragraphe 7(1) réfère également à un mariage entre personnes qui « ne font l'objet, à cet effet, d'aucun empêchement légal ».

[158] Toutes les lois des Territoires du Nord-Ouest ont été transportées au Nunavut sous leur forme existante lors de la formation du nouveau territoire.

(b) Lois qui font référence ou qui établissent un lien avec les exigences fédérales

La législation sur le mariage du Nouveau-Brunswick offre un bon exemple d'une loi qui fait référence à la capacité de se marier sans toutefois tenter d'imposer des restrictions à cette capacité. L'article 3 de la *Loi sur le mariage* prévoit ce qui suit :

> art. 3. Un greffier de la Cour peut célébrer la cérémonie du mariage entre deux personnes remplissant les conditions légales pour contracter mariage...[159]

L'article 16 établit ensuite une liste d'exigences pour la délivrance d'un acte de mariage, y compris de fournir des affidavits au registraire qui déclarent, entre autres choses, « b) que lui ou elle croit qu'il n'y a aucune alliance, aucune consanguinité, aucun mariage antérieur ou un autre empêchement légal faisant obstacle à la célébration du mariage... »

Ces articles ne réfèrent pas spécifiquement au sexe des parties, mais ils contiennent une exigence selon laquelle il faut remplir les conditions légales et qu'il n'y ait pas d'empêchement légal au mariage.

Les lois de la Colombie-Britannique, du Manitoba, du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut prévoient toutes des dispositions semblables qui exigent qu'il faille remplir les conditions légales et qui ne font pas de distinction de sexe[160], tandis que les lois de la Saskatchewan, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve prévoient de telles dispositions et font une distinction de sexe[161].

Les dispositions qui ne prescrivent pas elles-mêmes des restrictions quant à la capacité de se marier, mais qui demandent seulement que les requérants affirment qu'il n'y a pas d'empêchement légal au mariage, sont *clairement constitutionnelles*. Ces dispositions sont

---

[159] R.S.N.B 1996, c. M-3. L'article 2 réfère également à la célébration du mariage « entre deux personnes qui remplissent les conditions légales pour contracter ce mariage ».

[160] *Précité*, notes 153 à 158.

[161] Se reporter aux notes 162 à 165 ci-dessous.

suffisamment souples pour intégrer les développements de la jurisprudence en matière de capacité des personnes du même sexe de se marier entre elles sans exiger de modifications.

(c) Lois qui comportent un vocabulaire qui fait la distinction des sexes et qui limitent implicitement le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe

Certaines lois comportent des mots qui font la distinction des sexes et qui semblent limiter le mariage aux couples constitués d'une personne de chaque sexe. Par exemple, l'art. 11 de la *Solemnization of Marriage Act*[162] de Terre-Neuve prévoit ce qui suit :

> [traduction]
> Par. 11(1) Un mariage célébré par un commissaire aux mariages ne requiert aucune forme particulière sauf qu'en présence du commissaire aux mariages et des témoins, chacune des parties doit déclarer à l'autre : « Je demande aux personnes ici présentes d'être témoins de ce que moi, AB, je te prends, toi C.D., comme légitime épouse (époux) », après quoi le commissaire aux mariages doit déclarer : « En vertu du pouvoir que me confère la *Solemnization of Marriage Act*, je déclare que vous, AB et CD, êtes époux et épouse. »

Alors que les parties doivent seulement se déclarer mutuellement épouse « ou » époux, le commissaire aux mariages doit prononcer les mots épouse « et » époux.

La législation de la Nouvelle-Écosse[163], de la Saskatchewan[164], de l'Ontario[165] et de l'Île du Prince-Édouard[166] comprennent une disposition semblable. Les articles en question semblent

---

[162] R.S.N. 1990, c. S-19. L'alinéa 15(1)b) de la loi de Terre-Neuve exige également qu'une personne qui demande un acte de mariage de remplir un affidavit dans lequel elle déclare qu'elle croit « [traduction] qu'il n'y a aucune raison ayant trait à l'alliance, à la consanguinité ou à un mariage antérieur, ou nulle autre raison légale ou nul autre empêchement juridique susceptible d'interdire ou d'empêcher la célébration du mariage ».

[163] *Solemnization of Mariage Act*, R.S.N.S. 1989, c. 436, par. 23(2). L'alinéa 17(1)b) exige également un affidavit déclarant que la personne qui demande un acte de mariage croit qu'il n'y a aucune « raison légale » ou nul « empêchement juridique » susceptible d'interdire ou d'empêcher la célébration du mariage.

[164] *The Marriage Act, 1995*, S.S. 1998, c. M-4.1, alinéa 31b). L'article 3 prévoit également qu'il peut y avoir célébration du mariage entre des personnes « qui remplissent les conditions légales pour contracter ce mariage ».

[165] *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M.3. Dans l'arrêt *Layland*, cependant, la cour a semblé accepter que la législation de l'Ontario « [traduction] ne fasse aucunement référence à l'orientation sexuelle » (précité, note 58, 226). Il est intéressant de remarquer que le ministre, en Ontario, a une discrétion absolue en ce qui concerne la délivrance d'un acte de mariage nonobstant toute dérogation à la Loi (art. 10). L'on peut cependant présumer que cette discrétion ne s'appliquerait qu'aux matières qui relèvent légitimement de la compétence provinciale.

[166] *Marriage Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. M-3, par. 10(2).

établir l'exigence légale pour la cérémonie qu'il y ait déclaration que les parties au mariage soient de sexe différent.

Par analogie avec les arrêts relatifs à la consanguinité, les textes législatifs provinciaux qui font la distinction des sexes pour laisser entendre que les parties à un mariage doivent être de sexe différent sont probablement constitutionnelles sous réserve qu'ils sont compatibles avec la loi fédérale. Les tribunaux vont vraisemblablement interpréter la législation comme étant le reflet de l'état actuel de la common law fédérale, plutôt que comme créant une restriction juridique à la capacité de se marier.

Toutefois, en ce qui concerne les cas de consanguinité, ces lois seraient considérées invalides en vertu de la doctrine de la suprématie s'il y avait une incompatibilité avec la loi fédérale. Cela pourrait se produire de plusieurs façons :

- Les tribunaux pourraient reconsidérer la portée de la common law fédérale de manière à permettre aux personnes du même sexe de se marier.
- La restriction qui découle de la common law pourrait être attaquée avec succès en raison de son incompatibilité avec les garanties d'égalité prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- Une loi fédérale éventuelle qui limiterait le mariage entre personnes de sexe différent pourrait être attaquée avec succès en raison de son incompatibilité avec la garanties d'égalité prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- Une loi fédérale éventuelle pourrait permettre aux personnes du même sexe de se marier.

(d) lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe

Le Québec et l'Alberta conservent une interdiction explicite du mariage entre personnes du même sexe. Parce que la législation de l'Alberta se prévaut de la clause « nonobstant » prévue par la Constitution, nous l'étudierons séparément dans la prochaine partie.

Le *Code civil* du Québec comprend un article qui traite de la famille, lequel comprend un paragraphe qui traite du mariage[167].

> Article 365: Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins. Il ne peut l'être qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.

L'article 365 se propose clairement de restreindre le mariage aux couples constitués de personnes de sexe opposé. La constitutionnalité de l'article fait actuellement l'objet d'une contestation dans la cause *Hendricks et LeBoeuf c. Procureur général du Québec*[168].

La constitutionnalité des interdictions provinciales explicites du mariage entre personnes du même sexe est extrêmement difficile à défendre, car ces restrictions semblent usurper carrément la compétence exclusive du Parlement d'imposer des restrictions en matière de capacité de se marier. Ces restrictions ne peuvent d'emblée être qualifiées de préliminaires, de compétence accessoire ou de simplement accessoire à la compétence provinciale constitutionnelle en matière de célébration du mariage. Contrairement à la catégorie précédente de lois, dans laquelle la distinction des sexes se fait presque en passant, les dispositions qui usurpent la compétence ne peuvent faire l'objet d'une « interprétation atténuante » par les tribunaux. En effet, l'exigence voulant que les membres du couple soient de sexe opposé est un élément explicite et faisant partie intégrante de l'article.

Si l'interdiction était présentée comme relevant simplement de la procédure, c.-à-d. qu'aucun acte de mariage ne pourrait être délivré dans les cas où les parties au mariage seraient du même sexe, il serait possible de faire valoir l'argument de la compétence provinciale en se fondant sur les arrêts qui traitent des restrictions provinciales en matière d'âge. Cependant, tel que mentionné ci-dessus, l'affirmation provinciale de la compétence en matière d'âge a été sévèrement critiquée comme étant incompatible avec une interprétation pertinente de la

---

[167] *Code Civil du Québec*, 1995 (3e édition), Les Éditions Yvon Blais.

[168] *Précité*, note 95.

Constitution[169]. De plus, contrairement à la restriction en matière d'âge, qui n'est que temporaire, la restriction en matière de sexe interdirait en permanence le mariage entre personnes du même sexe.

Toute restriction provinciale serait bien sûr également assujettie à la doctrine de la suprématie de la loi fédérale, y compris la common law fédérale. Le poids de la jurisprudence appuie le point de vue que si la common law fédérale permettait aux personnes du même sexe de se marier, toute loi provinciale qui serait confirmée autrement serait déclarée inconstitutionnelle.

(e) lois qui conservent des interdictions explicites relativement au mariage entre personnes du même sexe et qui invoquent la clause « nonobstant » de la Constitution pour empêcher un examen judiciaire minutieux relativement à leur constitutionnalité

La législature de l'Alberta a récemment adopté un projet de loi qui se propose de restreindre le mariage aux couples constitués de personnes des deux sexes. Le projet de loi 202 a été présenté le 23 février 2000. Il a reçu la sanction royale le 23 mars 2000. Le préambule du projet de loi déclare que celui-ci est conçu pour conserver la « [traduction]pureté du mariage » et poursuit ainsi :

> [traduction]
> ATTENDU que le mariage entre un homme et une femme est, depuis des temps immémoriaux, ancré dans notre tradition juridique, qui est elle-même le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes...

Le projet de loi modifie la *Marriage Act*[170], de manière à ajouter un nouvel article 1(c.1) :

> [traduction]
> « mariage » se comprend d'un mariage entre un homme et une femme;

Les débats entourant le projet de loi démontrent clairement que l'unique but de la législation proposée est d'assurer explicitement que les couples d'homosexuels et de lesbiennes n'ont pas la capacité de se marier. Il en découle qu'il serait quasi impossible de défendre la

---

[169] Se reporter à KATZ, ouvrage précité, note 66.

[170] S.A. 1999, c. M-6.

constitutionnalité de la loi, puisqu'elle a été adoptée indépendamment de la législation provinciale qui traite de la célébration du mariage et qu'elle n'y est en rien reliée. Le préambule du projet de loi 202 se termine sur l'affirmation non convaincante que « [traduction] ces principes sont fondamentaux en matière de célébration du mariage ». Ce passage semble être une tentative de catégoriser la restriction en matière de capacité dans la compétence provinciale en matière de célébration du mariage. Cependant, il est clair, en vertu de la théorie du détournement de pouvoir, qu'une législature ne peut défendre une législation en affirmant une compétence qu'elle ne possède pas ou en se proposant d'invoquer son pouvoir légitime sur une matière particulière.

Le projet de loi est le seul au Canada à invoquer la clause « nonobstant » de la Constitution dans une tentative d'empêcher que les tribunaux examinent sa constitutionnalité. Bien que la clause nonobstant ait l'effet de protéger une législation d'une contestation en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* (sous réserve que la législation soit promulguée de nouveau tous les cinq ans), cette position n'est pas pertinente si on examine si l'Alberta a la compétence pour limiter la capacité de se marier en vertu de l'analyse du partage des pouvoirs. L'Alberta n'a pas la compétence législative d'adopter des lois dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence constitutionnelle, et la clause nonobstant (qui, selon ses propres termes, ne permet aux gouvernements que de « ne pas participer » à l'art. 2 ou aux art. 7 à 15 de la Charte) ne peut rendre valide une législation qu'une province n'a pas la compétence d'adopter.

PARTIE IV

OPTIONS EN VUE D'UNE RÉFORME

Les gouvernements provinciaux et fédéral examinent des options en vue d'une réforme afin que leurs lois qui traitent des relations répondent mieux aux exigences de la Charte et aux besoins réels des structures modernes de la famille.

Cette partie de l'étude se penchera sur certaines des avenues adoptées par les législateurs canadiens de même que sur les conséquences sur le plan de la compétence des différents choix politiques.

I. Lois et attributs du mariage

Lorsqu'on examine les options qui s'offrent en vue d'une réforme, il faut reconnaître que le mariage a des significations différentes selon les personnes. Voici deux des éléments principaux du mariage :

- Les attributs du mariage, c.-à-d. l'ensemble des droits et des responsabilités reliés à l'institution même et qui ne sont accessibles qu'aux couples qui ont la permission légale de se marier;
- Le statut conféré par le mariage, c.-à-d. la légitimité et la reconnaissance publique de certains types de rapports.

Il faut examiner ces deux éléments pour bien comprendre les avantages et les limites des options qui s'offrent pour une réforme de la loi.

II. Étendre les attributs du mariage

En vertu de l'arrêt *M. c. H*[171] de la Cour suprême, la définition des conjoints comme étant des personnes de sexe différent que l'on retrouve dans les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* portant sur le soutien, est inconstitutionnelle. Par ailleurs, en vertu de l'arrêt *Miron c. Trudel*[172], le maintien des distinctions discriminatoires entre les couples mariés et non mariés ne peut se justifier. En raison de l'effet combiné de ces décisions, nous pouvons nous attendre à ce que les droits et les responsabilités qui ont jusqu'ici été réservés exclusivement aux couples constitués d'une personne de chaque sexe deviendront de plus en plus accessibles aux couples constitués de personnes du même sexe et aux couples non mariés constitués d'une personne de chaque sexe. Comme l'a fait remarquer le juge Greer (dissident) dans l'arrêt *Layland* :

> [traduction]
> Une analyse cas par cas semble indiquer que les tribunaux, en étendant les droits et les égalités par l'application de la Charte à la lecture de la législation qui contrevient aux droits des homosexuels et des lesbiennes tels que protégés par la Charte, leur assurent peu à peu les avantages qui leur seraient tous accordés sous le parapluie du « mariage »[173].

Ces dernières années, nous avons vu les gouvernements à travers le Canada étendre graduellement plusieurs des droits et des responsabilités reliés au mariage aux couples constitués de personnes du même sexe. Ce faisant, des avenues différentes ont été empruntées.

---

[171] (1999), 171 D.L.R. (4e) 577 (C.S.C.); [1999] 2 R.C.S. 3.

[172] [1995] 2 R.C.S. 418.

[173] *Précité, note* 58, p. 234-235.

A. L'avenue empruntée par le gouvernement fédéral

1. Projet de loi C-78 : prestations de survivant de même sexe

Dans sa modification apportée à la *Loi sur la pension de la fonction publique*[174] le gouvernement fédéral a employé une nouvelle terminologie sans distinction de sexe pour englober les couples constitués de personnes du même sexe ou de sexe différent pour les fins des prestations de survivant, et ce, en remplaçant l'expression « conjoint survivant » par le mot « survivant ».

2. Projet de loi C-23 : modernisation du régime d'avantages et d'obligations

Cette législation omnibus étend les droits et les responsabilités des couples constitués de conjoints de fait de sexe opposé aux couples constitués de personnes du même sexe et accorde pratiquement tous les droits et les responsabilités des couples mariés aux couples constitués de conjoints de fait (tant ceux constitués de personnes du même sexe que de sexe opposé)[175]. En vertu du projet de loi, les droits et les responsabilités reliés aux relations s'appliqueront à tout couple qui vivra une relation conjugale durant une période d'un an. À cet égard, le projet de loi va plus loin que les législations omnibus adoptées par le Québec et l'Ontario, qui ont accordé aux couples constitués de personnes du même sexe les droits et les responsabilités des couples constitués d'une personne de chaque sexe, mais aucun des droits et des responsabilités des couples mariés.

Les membres des couples non mariés sont qualifiés de « conjoints de fait » ou, en anglais de « common law partner ». Bien que l'on conserve le seul mot « conjoint » uniquement pour les couples mariés, une terminologie identique s'applique aux partenaires de même sexe et aux

---

[174] Projet de loi C-78, sanction royale le 14 septembre 1999.

[175] Se reporter à la discussion ci-dessus, troisième partie, II.A.1, pour plus de détails.

partenaires de sexe différent. L'expression française « conjoint de fait » correspond à celle utilisée communément pour décrire les partenaires hétérosexuels non mariés. Les rapports entre personnes du même sexe et entre personnes de sexe opposé sont reconnus comme des rapports « conjugaux ».

Malgré la différence de terminologie employée pour les couples mariés et les couples non mariés (personnes de même sexe et personnes de sexe différent), le projet de loi a été salué par ses tenants comme étant une étape importante vers l'égalité complète pour les personnes du même sexe qui vivent une relation, tandis que ses détracteurs le dénonçaient parce qu'il annonçait la « *Mort de la* Loi sur le mariage » :

> [traduction]
> Si ce projet de loi est adopté, l'institution du mariage sera la prochaine victime des groupes de pression des gais et des lesbiennes et des politiciens mous.
>
> ... Dans les années 1950, la sodomie était une infraction criminelle, maintenant c'est une exigence pour recevoir des prestations du gouvernement fédéral[176].

Un autre enjeu politique a été soulevé durant le débat entourant le projet de loi C-23, à savoir si les prestations et les obligations fédérales devraient être étendues seulement aux relations conjugales ou aux relations non conjugales telles que les frères et sœurs, les tantes, les oncles, d'autres parents, les pourvoyeurs de soins etc. La ministre de la Justice Anne McLellan, témoignant devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, a expliqué les raisons pour lesquelles la politique du gouvernement n'emprunte pas cette voie pour l'instant tout en affirmant que le gouvernement n'était pas fermé à étendre les prestations et les obligations à une catégorie élargie de rapports interdépendants plus tard :

> Le fait est que de nos jours de nombreux adultes vivent avec leurs parents, leurs frères et sœurs ou d'autres membres de leur famille. Il existe cependant une différence qualitative entre les relations visées par le projet de loi C-23 et celles qui peuvent exister

---

[176] « [traduction] Breitkreuz donne un nouveau titre au projet de loi C-23 : *Mort de la* Loi sur le mariage », communiqué de presse, député du Parti réformiste Garry Breitkreuz, 2 mars 2000.

> entre des membres de la même famille, des frères et sœurs ou des amis qui vivent sous le même toit et partagent les dépenses.
> Si l'attribution d'avantages en fonction de l'existence d'un lien de dépendance serait certainement bien accepté, il est difficile de savoir si les obligations juridiques concomitantes le seraient également. Prenez le cas d'une femme âgée qui vit avec son fils et sa belle-fille. Devrait-on tenir compte du revenu combiné du jeune couple pour calculer le droit au supplément de revenu garanti accordé par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ?
>
> Devrait-on reconnaître l'existence d'un lien de dépendance uniquement entre deux personnes non mariées ou entre plusieurs personnes ? Prenez l'exemple d'adultes qui prennent soin de leurs parents âgés dans leur propre maison. Supposons que dans un cas, la fille s'occupe de son père veuf. Dans la maison voisine, une autre femme s'occupe de sa mère et de son père. Devrait-on traiter ces deux personnes de la même façon ? Devrait-il y avoir relation de dépendance dès que deux personnes cohabitent ou devrait-on l'étendre à toutes les personnes qui habitent sous le même toit ?
>
> Cela soulève également d'autres questions. Notamment, la question de la définition de la notion de relation de dépendance et de sa portée. Devrait-on se fier aux déclarations des personnes concernées à ce sujet ou le gouvernement devrait-il exiger certaines preuves ? Le gouvernement devrait-il exclure tous les membres de la famille de cette catégorie, comme cela se fait en France, ou exclure uniquement les conjoints de fait de sexe opposé, comme le fait l'État d'Hawaï ?
>
> ... Ce ne sont pas là, mesdames et messieurs, des questions dépourvues d'importance et auxquelles il est facile d'apporter une réponse. Cela reviendrait à créer de nouvelles relations juridiques assorties d'avantages et d'obligations et il faudrait au préalable examiner les répercussions que cela pourrait avoir pour notre société, et donc, procéder à des études beaucoup plus poussées.
>
> Notre gouvernement souhaite que nos lois incitent les familles à s'entraider. Si l'on modifiait le droit dans ce domaine, on risquerait de dissuader les gens de s'entraider parce qu'ils craindraient d'être obligés d'assumer par la suite des obligations juridiques et de faire face à des poursuites judiciaires. Au lieu d'inciter les gens à s'entraider, cela risquerait de les en dissuader[177].

En définitive, la ministre a plaidé pour référer la question des rapports d'interdépendance élargis à un comité de la Chambre pour fin de consultations publiques et d'étude plus approfondie, tout en procédant entre-temps avec le projet de loi C-23.

---

[177] *Hansard, Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (29 février 2000), par. 1555–1600.

B. L'avenue empruntée par le Québec

1. Projet de loi 32

Le projet de loi 32[178] a été adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale du Québec. Il s'agit d'un projet de loi omnibus qui modifie la définition de « conjoint » dans 39 lois et règlements afin que les couples constitués de personnes du même sexe soient sur un pied d'égalité avec les couples constitués d'une personne de chaque sexe. Cette loi vise à harmoniser la définition de conjoint et à inclure les couples constitués de personnes du même sexe dans cette définition dans les lois portant sur des questions telles que les pensions, l'assurance automobile, l'assurance santé et les droits en matière d'emploi.

La Loi propose une terminologie cohérente pour les couples constitués de personnes du même sexe et ceux constitués d'une personnes de chaque sexe. Contrairement aux avenues empruntées par les gouvernements fédéral et de l'Ontario, elle n'abandonne pas le mot « conjoint ». Cependant, elle ne fait que traiter les couples constitués de personnes du même sexe sur un pied d'égalité avec les couples non mariés constitués d'une personne de chaque sexe.

C. L'avenue empruntée par l'Ontario

1. Projet de loi 5

En octobre 1999, l'Ontario a réagi à l'arrêt *M c. H* en adoptant le projet de loi 5, *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*[179] Ce projet devenu loi modifie quelque 67 lois provinciales pour offrir aux couples constitués

---

[178] *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, 1re sess., 36e Lég., Québec, S.Q. 1999, c. 14, sanctionnée le 16 juin 1999.

[179] Projet de loi 5, S.O. 1999, c. 6.

de personnes du même sexe plusieurs des droits et des responsabilités des couples non mariés constitués d'une personne de chaque sexe. Le projet de loi 5 continue toutefois de refuser aux couples constitués de personnes du même sexe les avantages et les responsabilités consentis aux hétérosexuels mariés.

De plus, le projet de loi 5 s'est attiré des critiques généralisées pour avoir réduit la définition de « conjoint » seulement aux parties à des couples constitués d'une personne de chaque sexe tout en établissant une définition différente pour les « partenaires de même sexe » (« same-sex partners ») Dans l'ensemble de la loi de l'Ontario qui traite des couples de fait, le projet de loi substitue « conjoint ou partenaire de même sexe » à « conjoint ». Qui plus est, le mot « famille » est remplacé dans plusieurs lois par le mot « ménage ». L'expression « état civil » qui était un motif de discrimination dans le *Code des droits de la personne* de l'Ontario est remplacée par « partenariat avec une personne de même sexe » pour inclure les relations entre personnes du même sexe.

Il semble que l'intention derrière la nouvelle terminologie employée exclusivement pour les couples constitués d'une personne de chaque sexe est de renforcer le point de vue du gouvernement de l'Ontario selon lequel les parties à des couples constitués de personnes du même sexe ne sont pas des conjoints, ne constituent pas des familles et n'ont pas d'état civil. C'est ce qu'a reconnu le Procureur général de l'Ontario dans son discours lors de la deuxième lecture du projet de loi, dans lequel il a déclaré :

> [traduction]
> J'insiste sur le fait que le projet de loi réserve les définitions de « conjoint » et « état civil » à un homme et à une femme, qui est la définition traditionnelle de la « famille » en Ontario. Le projet de loi introduit dans le droit la nouvelle expression « partenaire de même sexe » tout en protégeant les définitions traditionnelles de « conjoint » et « état civil »...
>
> Ce projet de loi répond à la décision de la Cour suprême tout en préservant les valeurs traditionnelles de la famille en Ontario.[180]

---

[180] Assemblée législative, *Hansard de l'Ontario* (27 Octobre 1999) par. 1830-1840.

Le projet de loi a été adopté en première lecture le 25 octobre 1999, en deuxième lecture le 27 octobre 1999 et en troisième lecture le 27 octobre 1999. Il a reçu la sanction royale le 28 octobre 1999.

Une motion pour obtenir une nouvelle audition de la cause *M. c. H.* a été présentée à la Cour suprême du Canada, dont le fondement était que la terminologie différente adoptée par l'Ontario ne se conforme ni à la *Charte canadienne des droits et libertés* ni à l'arrêt *M. c. H* de la Cour suprême[181]. Cette motion a toutefois été rejetée par la Cour suprême du Canada le 25 mai 2000. Le rejet de la motion n'écarte pas la possibilité qu'il y ait une contestation indépendante de la nouvelle loi devant une cour de première instance.

D. L'avenue empruntée par la Colombie-Britannique

La Colombie-Britannique a, au fil des années, étendu les droits des conjoints aux couples constitués de personnes du même sexe dans les lois qui portent sur des questions telles que la tutelle, la prise de décision médicale, le soutien au conjoint, les droits à pension, l'adoption et les droits en matière d'héritage. Comme au Québec, ces modifications ont été apportées par le moyen de modifications à la définition de « conjoint », quoique par mesures fragmentaires plutôt que par une loi omnibus.

Ces dernières années, plusieurs lois importantes pour la reconnaissance de l'égalité des couples constitués de personnes du même sexe ont été adoptées, dont : *Family Relations Amendment Act, 1997*[182], *Pensions Statute Amendment Act (No. 2), 1998*[183], *Pension Benefits*

---

[181] Avis de motion, C.S.C. n° 25838, 11 avril 2000.

[182] S.B.C. 1997, c. 20, en vigueur à compter du 4 février 1998.

[183] S.B.C. 1998, c. 40.

Standards Amendment Act, 1999[184], *Definition of Spouse Amendment Act, 1999* et *Definition of Spouse Amendment Act, 2000*[185].

Le Ministry of the Attorney General a également retenu les services du Law Institute de la Colombie-Britannique pour entreprendre un projet sur les relations entre conjoints. Ce projet consistait en un examen et une évaluation de toutes les références dans les recueils de droit aux mots « conjoint », « époux » et « épouse » (et d'autres mots dénotant ces types de rapports) afin d'établir s'ils sont compatibles avec les principes soutenus par la législature dans la *Family Relations Amendment Act.*

Le Law Institute de la Colombie-Britannique a également été chargé de « [traduction] faire des recommandations au sujet des modifications législatives nécessaires pour accorder une reconnaissance juridique à une variété de rapports familiaux dans la province et pour traiter des droits et des obligations qui devraient être inhérents à ces rapports[186] ». Parmi ses recommandations, l'institut a demandé la création d'un système d'unions libres enregistrées, une option de réforme du droit dont nous discutons ci-dessous.

E. Unions libres enregistrées

Les lois sur les unions libres conféreraient aux personnes qui choisiraient d'inscrire leur situation certains droits et responsabilités. Elles pourraient être interprétées comme étant offertes pour toutes les relations conjugales, soit seulement dans le cas de relations entre personnes de même sexe, en tant qu'option fonctionnelle par rapport au mariage, soit dans le cas de relations conjugales et non conjugales. L'enregistrement pourrait conférer aux couples

---

[184] S.B.C. 1999 c. 41, projet de loi 58.

[185] S.B.C. 1999, c.29 et S.B.C. 2000, c.24.

[186] *Executive Summary, Report on Recognition of Spousal and Family Status*, http://www.bcli.org.

les droits et les responsabilités du mariage, ou seulement les droits et les responsabilités offerts aux couples non mariés constitués d'une personne de chaque sexe, ou presque toute combinaison possible de droits et de responsabilités. Il reste la question de savoir si les couples qui choisiraient de ne pas s'inscrire seraient toujours reconnus de fait par la loi dans certaines circonstances, de la même manière que les couples constitués d'une personne de chaque sexe qui choisissent de ne pas se marier sont reconnus juridiquement comme des couples de fait dans plusieurs circonstances.

Sur la scène internationale, l'expérience démontre que les lois sur les unions libres ne confèrent pas autant de droits et d'obligations que le mariage. Une conférence récente commanditée par la Commission du droit à Queen's University s'est penchée jusque dans les détails sur les comparaisons des lois sur les unions libres ainsi que sur les avantages et les inconvénients des différentes avenues. Comme l'a observé le professeur Bala, « [traduction] les préoccupations au sujet de la cohérence, de la certitude, de l'équité et de l'efficacité vont toutes dans le sens d'appuyer une législation sur les unions libres enregistrées (ULE)[187] ».

Dans le même ordre d'idées, en recommandant l'adoption d'une législation sur les unions libres, le Law Institute de la Colombie-Britannique a indiqué qu'il était guidé par différents principes, y compris « [traduction] la protection des rapports fondés sur un choix personnel, la non-discrimination en matière d'accès à un état social, l'inscription volontaire, la protection des personnes vulnérables, la protection des attentes, l'équité dans la répartition des avantages, l'égalité dans les rapports familiaux [et] la protection de la vie privée[188] ».

La ministre de la Justice Anne McLellan a toutefois référé à certains des facteurs problématiques entourant les registres des unions libres, et ce, dans son témoignage devant le

---

[187] Programme et documents de la conférence, Conférence sur les unions libres enregistrées, Queen's University, commanditée en partie par la Commission du droit du Canada, 21 au 23 octobre 1999, p. 198.

[188] *Précité*, note 186.

Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes au sujet du projet de loi C-23 :

> On a également parlé de créer un registre où serait inscrit le nom des personnes qui cohabitent. Cela est un élément intéressant qui se rapporte à la question que nous venons de soulever. Cependant, un tel registre touche d'autres questions qu'il conviendrait d'examiner. Il faudrait consulter les personnes susceptibles d'être touchées par un tel registre, évaluer les coûts que cela entraînerait et négocier avec les provinces.
>
> En outre, il n'est pas sûr que des registres où l'inscription serait volontaire constituent la meilleure solution. Que se passerait-il lorsqu'il existe manifestement un lien de dépendance mais qu'un des partenaires refuse de s'enregistrer pour éviter d'avoir à assumer certaines obligations ? Si les couples peuvent s'inscrire, dans quelles circonstances pourraient-ils radier leur inscription ? Que se passerait-il si un seul des partenaires souhaite le faire ?
>
> Il faut également tenir compte de la protection des renseignements personnels. On pourrait penser que ces registres seraient publics, comme le sont ceux où l'on inscrit les naissances et les décès. Cela obligerait les gens à faire connaître publiquement le genre de relations qu'ils entretiennent avec d'autres[180].

Le manque de transférabilité est une autre préoccupation au sujet des unions libres enregistrées. Bien que d'autres juridictions puissent considérer qu'elles sont la preuve de la nature des rapports, il est peu vraisemblable que la situation serait reconnue directement, et il en est de même pour les droits et les obligations qui sont reliés à cette situation. Enfin, il reste à savoir si les unions libres enregistrées confèrent un statut égal à celui du mariage ou si, en établissant un régime différent, elles renforcent l'inégalité en matière de statut entre les couples mariés et les couples pour qui le mariage est interdit.

III. Étendre le statut du mariage

Il faut remarquer que, nonobstant toutes les avenues possibles envisagées dans la partie précédente, étendre les attributs du mariage tout en restreignant l'accès à l'institution elle-même aux hétérosexuels sera vu par les membres des communautés lesbienne et homosexuelle comme le maintien d'un régime discriminatoire.

Bien que tous ne choisiront pas de se marier, à mesure que les droits et les obligations reliées au mariage seront étendus à des types de relations antérieurement exclues, le mariage deviendra vraisemblablement moins une recherche d'accès aux avantages concrets associés à l'institution, mais davantage une recherche d'accès à l'institution en soi. Sans ses attributs, le mariage demeurera une question d'état, un symbole de légitimité auprès de l'État, et, pour cette seule raison, il continuera d'attirer ceux qui, comme les couples constitués de personnes du même sexe, ont vu leur légitimité mise en question précédemment par des lois discriminatoires. Le fait de permettre aux personnes du même sexe de se marier entre elles ne sera pas seulement souhaité par les couples qui cherchent une telle reconnaissance, mais il aidera aussi à réduire le stigmate de l'homosexualité et à accroître l'acceptation des rapports entre personnes du même sexe comme étant également valables et dignes d'être célébrés. C'est exactement cette importance symbolique qui a déclenché l'opposition féroce de ceux qui cherchent à conserver la condamnation morale de l'homosexualité.

Les tribunaux canadiens ont déjà remis en question les tentatives des gouvernements d'établir des régimes différents et séparés pour les personnes du même sexe qui vivent des rapports entre elles. L'arrêt *Procureur général du Canada c. Moore & Akerstrom*[190] a confirmé que le gouvernement fédéral a dérogé à la *Charte canadienne des droits et libertés* en tentant d'établir une disposition séparée pour les « partenaires du même sexe » qui recevraient les mêmes avantages que les « conjoints de fait ». La Cour fédérale a statué ce qui suit :

> ... une telle façon de procéder est discriminatoire au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Selon moi, la proposition de l'employeur établit un régime « séparé mais égal », qui fait une distinction entre les relations de ses participants en fonction de leur orientation sexuelle. Ce régime demeure donc discriminatoire.
>
> J'estime que, compte tenu des faits de l'espèce, la définition distincte de partenaires du même sexe, énoncée par l'employeur sans explication, renforce la distinction établie entre les couples homosexuels et hétérosexuels, laquelle est généralement fondée sur des motifs de discrimination. Selon moi, une telle distinction, fondée sur des

---

[189] *Précité*, note 177, par. 1555.

[190] [1998] 4 C.F. 585 (CFSPI), juge MacKay.

> classifications reflétant des préjugés préexistants, en l'absence d'une raison d'être plausible et non-discriminatoire... l'employeur n'est pas plus justifié en l'espèce d'avoir créé une définition distincte pour les personnes vivant en relation avec des partenaires du même sexe qu'il n'aurait été de le faire pour décrire les relations entre personnes selon leur race, leur couleur, leur origine ethnique ou pour tout autre motif illicite énuméré dans la Loi[191].

La cour a également cité avec approbation les commentaires du juge Linden, dissident, de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Egan*, dans laquelle il réfère ainsi à la « doctrine de la communauté égale mais séparée » :

> ... la doctrine de l'égalité séparée a été rejetée par la Cour suprême qui, dans *Andrews*, *supra*, à la page 166, y voyait un artefact détestable de l'approche de la situation analogue. On ne peut échapper à la conclusion que l'octroi des prestations aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes sous un régime différent de celui réservé aux partenaires hétérosexuels représente une version de la doctrine de l'égalité séparée. Il ne faut pas ressusciter cette doctrine épouvantable au Canada quarante ans après sa mort fort remarquée aux États-Unis[192].

Comme la majorité des juges de la Cour suprême du Canada l'a aussi reconnu dans l'arrêt *Egan* :

> La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. Ce principe a été reconnu dans les affaires soumises à la Cour suprême des États-Unis où il était question de la ségrégation des races[193].

Dans *Brown* v. *Board of Education*[194], la cour suprême des États-Unis a statué que la ségrégation raciale constituait une discrimination « [traduction] même si les installations physiques et d'autres facteurs "tangibles" sont égaux » en déclarant :

> [traduction]
> Les séparer des autres personnes du même âge et possédant les mêmes qualités uniquement en raison de leur race produit un sentiment d'infériorité à l'égard de leur situation au sein de la collectivité qui peut les affecter dans l'âme et dans l'esprit d'une manière que l'effet ne sera vraisemblablement jamais supprimé[195].

---

[191] *Ibid.* 617, 621-622.

[192] [1993] 3 C.F. 401-442.

[193] *Précité, note* 131, p. 594.

[194] 347 U.S. 483 (1954).

[195] *Ibid.* 494.

Dans la même veine, dans la requête de M. pour obtenir une nouvelle audition par la Cour suprême du Canada sur les mesures correctives adoptées par le gouvernement de l'Ontario avec le projet de loi 5, l'avis de motion résume la contestation judiciaire comme suit :

> [traduction]
> Un état de ségrégation a pour but et effet discriminatoires de perpétuer et de promouvoir que les rapports des lesbiennes et des homosexuels sont fondamentalement différents et inférieurs à ceux des hétérosexuels. Le gouvernement prétend se conformer à la décision *M. c. H.* en accordant aux lesbiennes et aux homosexuels plusieurs avantages et obligations formellement équivalents, mais il persiste à nier l'exigence d'égalité de fond en matière d'égalité sur les plans de la dignité, du respect et de la considération égaux. C'est essentiellement de la discrimination[196].

Ces mêmes préoccupations vont vraisemblablement s'appliquer à toute tentative de conserver un statut différent de celui du mariage pour les couples constitués de personnes du même sexe. Par exemple, dans une décision récente sur le mariage au Vermont[197], la cour a déclaré que l'interdiction du mariage pour les couples constitués de personnes du même sexe était inconstitutionnelle, mais a référé la question à la législature de l'État afin qu'elle se penche sur les mesures correctives pertinentes. La législature a décidé d'adopter un autre régime qui prévoit des « unions civiles » dont les effets sont presque identiques à ceux du mariage, mais plusieurs le perçoivent encore comme un régime qui refuse le statut et la légitimité du mariage aux personnes du même sexe engagées dans des relations[198].

IV. Questions de compétence reliées aux options en matière de réforme du droit

En ce qui concerne les avenues particulières empruntées par le gouvernement fédéral et par les gouvernements de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique, il est clair que

---

[196] *Précité*, note 181.

[197] *Baker* v. *State of Vermont* 744 A. 2d 864 (1999) (Vermont Sup. Ct.).

[198] Un couple constitué de personnes du même sexe, par exemple, a qualifié le résultat de « doux-amer » et a exprimé son désappointement d'avoir à « arrêter en chemin » : « Vermont okays gay 'unions », *Ottawa Citizen*, 20 avril 2000, E8.

chaque gouvernement a, à ce jour, agi pour modifier ses propres lois en respectant son champ de compétence législative.

Des questions intéressantes de compétence surgiraient, cependant, si un gouvernement cherchait à adopter une certaine forme d'union civile qui « ressemblerait au mariage » mais ne l'était pas. La loi du Vermont sur l'union civile en offre un bon exemple. À compter de juillet 2000, les couples constitués de personnes du même sexe sont en mesure de s'engager dans une institution légale parallèle au mariage. Pour ce faire, les parties doivent être âgées d'au moins 18 ans et non reliées de près par le sang. Ces personnes pourront obtenir de tout greffier d'une municipalité un acte d'union civile qui pourra alors être « certifié » par un juge de paix ou un membre du clergé prêt à le faire. Les couples recevront un certificat d'union civile plutôt qu'un certificat de mariage.

Sur le plan pratique, l'union civile confère aux parties des protections et des responsabilités identiques en vertu de la loi de l'État que celles offertes aux conjoints mariés. Cela comprend[199] : les préférences en matière de tutelle ou de prise de décision médicale à l'égard d'un partenaire frappé d'incapacité; les droits automatiques d'héritage; le droit de quitter le travail pour prendre soin d'un conjoint malade; les droits de visite à l'hôpital; le contrôle du corps du partenaire à sa mort; le droit d'être considéré comme une unité économique pour les fins d'impôt en vertu de la législation de l'État, y compris la possibilité de transférer la propriété de l'un à l'autre durant sa vie sans conséquences fiscales; un meilleur accès aux polices d'assurance santé familiales; la capacité d'obtenir des polices d'assurance et du crédit conjointement; les droits parentaux; et le droit de divorcer (appelé « dissolution ») et à une méthode ordonnée d'établir la division de la propriété ainsi que la garde et le soutien des enfants. N'ayant toutefois pas le même statut qu'en situation de mariage, les unions civiles

---

[199] « [traduction] La chambre du Vermont approuve le projet de loi sur l'union civile. Gay & Lesbian Advocates & Defenders, communiqué de presse, 25 avril 2000.

constituées de personnes du même sexe ne pourraient avoir droit aux avantages offerts aux couples mariés dans les États autres que le Vermont ni avoir accès aux avantages fédéraux auxquels les couples mariés ont droit.

Au Canada, il n'est pas sûr que les tribunaux considéreraient le caractère véritable d'un tel régime comme relevant de la compétence fédérale en matière de mariage ou de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

Dans le même ordre d'idées, certains auteurs ont suggéré que les lois provinciales sur les unions libres pourraient être contestées comme étant une « [traduction] tentative de détournement du pouvoir fédéral en matière de "mariage" », bien qu'ils concluent en définitive que ces lois relèveraient de la compétence législative des gouvernements provinciaux[200].

La ministre de la Justice Anne McLellan a allégué que, pour que les unions libres enregistrées soient une réussite, les gouvernements provinciaux et fédéral auraient besoin d'un mécanisme complet, chacun ayant ses propres lois relativement à ces partenariats :

> Le gouvernement fédéral pourrait sans doute créer un tel registre mais il ne pourrait être utilisé que pour les lois relevant du gouvernement fédéral. Pour qu'un tel registre puisse être appliqué dans l'ensemble du Canada, où les dispositions qui accordent des avantages ou imposent des obligations découlent de lois fédérales, provinciales ou territoriales, il faudrait obtenir le consentement unanime de tous les paliers de gouvernement au sujet des relations qui seraient reconnues dans un tel régime.[201]

Dans sa communication intitulée « Alternatives for Extending Spousal Status in Canada »[202], le professeur Bala observe que cette complexité peut être une raison suffisante pour ne pas poursuivre l'initiative. Il suggère plutôt que la voie la plus simple serait que le gouvernement fédéral permette aux personnes du même sexe de se marier.

---

[200] Cossman, B. et Ryder, B. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1993), p. 218-219.

[201] *Précité*, note 177, par. 1555.

[202] *Précité*, note 187.

Il y a une question complémentaire : jusqu'où la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils permet aux provinces d'établir des droits et des obligations légaux différents en se fondant sur l'état civil.

En l'absence de compétence en matière de capacité légale de se marier, les provinces permissives sont actuellement en mesure d'exercer leur pouvoir législatif en matière de propriété et de droits civils de manière à étendre les droits et les obligations légaux associés au mariage aux couples constitués de personnes du même sexe, même si ces couples ne peuvent obtenir le statut légal du mariage. Inversement, en vertu d'une analyse du partage des pouvoirs, les provinces moins permissives sont en mesure de refuser aux couples constitués de personnes du même sexe les droits de propriété associés au mariage, bien que leurs lois soient, bien sûr, toujours assujetties à un examen minutieux de leur constitutionnalité en vertu des garanties d'égalité prévues par la Charte.

Si une loi fédérale devait être adoptée pour permettre aux couples constitués de personnes du même sexe de se marier, un couple ainsi marié serait considéré comme marié partout au Canada, puisque la capacité juridique de contracter mariage relève entièrement de la compétence législative fédérale et ne peut varier d'une province à l'autre. Bien que les provinces aient la possibilité d'invalider les mariages qui ne répondent pas aux exigences provinciales en matière de célébration, aucune province n'aurait la compétence pour utiliser ce pouvoir de manière à restreindre la capacité de se marier ou à refuser de reconnaître un mariage seulement parce que les époux sont de même sexe. Les tentatives de restreindre la capacité au nom de l'exercice du pouvoir en matière de célébration pourraient probablement être déclarées dérogatoires à la doctrine du « détournement de pouvoir ».

Cependant, plusieurs des droits et responsabilités concomitants relèvent de la compétence provinciale, puisqu'ils sont des matières reliées au pouvoir de la province dans les domaines de

la propriété et des droits civils. En conséquence, bien que les couples constitués de personnes du même sexe auraient la capacité de contracter mariage partout au Canada, leurs droits et leurs obligations légaux pourraient varier d'une province à l'autre. Autrement dit, les provinces permissives ne feraient pas de distinction entre les couples constitués d'une personne de chaque sexe et ceux constitués de personnes du même sexe lorsqu'elles accorderaient les avantages et imposeraient les obligations dans le cadre de leur compétence; quant à elles, les provinces moins permissives pourraient chercher à limiter ces droits et ces obligations aux seuls couples constitués d'une personne de chaque sexe, sans égard à l'état civil des couples. Encore une fois, bien qu'une telle différenciation puisse être constitutionnelle en vertu de l'analyse du partage des pouvoirs, elle serait toujours assujettie à un examen judiciaire judicieux relativement à l'observance de l'art. 15 de la Charte.

Les demandes ayant trait à un statut égal ont continué de s'intensifier au Canada ces derniers mois. Le 26 mai 2000, Cynthia Callahan et sa partenaire Judy Lightwater ont demandé un acte de mariage à Victoria. Le Procureur général de la Colombie-Britannique a indiqué que la loi n'était pas « claire » et que la *Loi sur le mariage* fédérale était « ambiguë ». Il a accepté de demander un avis juridique pour savoir si l'acte de mariage pouvait être délivré. Le Procureur général a également publié une déclaration écrite dans laquelle il exprime le point de vue que « [traduction] dans une société moderne, rien ne justifie de refuser aux couples constitués de personnes du même sexe la même possibilité d'établir des liens conjugaux que celle offerte aux couples hétérosexuels ». Le Procureur général a conclu ainsi :

> [traduction]
> Bien qu'il soit possible de laisser la question des mariages entre personnes du même sexe se régler après des années de procédures, il serait beaucoup mieux à mon avis que le gouvernement fédéral trouve une solution en clarifiant sa législation et en offrant aux couples constitués de personnes du même sexe la même possibilité de se marier que celle qui est offerte aux couples constitués d'une personne de chaque sexe[203].

---

[203] « [traduction] Déclaration du Procureur général sur les mariages entre personnes du même sexe », 26 mai 2000.

Le moyen le plus clair d'assurer un statut égal qui soit compatible avec la Constitution serait que le Parlement adopte simplement une législation qui permettrait aux couples constitués de personnes du même sexe de se marier.

PARTIE V

CONCLUSIONS

Les gouvernements et les tribunaux ont confirmé la compréhension croissante que la société a de la diversité des rapports familiaux. Par ailleurs, les lois sont élaborées de plus en plus de manière à moderniser le fondement à partir duquel les obligations sont imposées et les avantages, accordés.

Les dispositions de la *Loi constitutionnelle* et la jurisprudence relative au partage des pouvoirs établissent clairement que les questions de la capacité de se marier relève de la compétence fédérale exclusive. Les arrêts qui semblent reconnaître la compétence provinciale sur les matières qui relèvent de la capacité justifient tous avec précaution l'exercice du pouvoir provincial en catégorisant la restriction comme étant un préliminaire à la cérémonie (p. ex. l'âge), de l'ordre de la procédure (p. ex. la validité d'un mariage pour lequel il n'y a pas eu délivrance d'un acte de mariage), une compétence accessoire à une autre matière qui relève de la compétence provinciale (p. ex. l'application des exigences en matière de consanguinité pour les personnes adoptées) ou comme n'étant pas incompatible avec les lois fédérales (p. ex. les lois provinciales ayant trait aux degrés prohibés de consanguinité qui reflètent les exigences fédérales). Lorsqu'il y a eu incompatibilité avec les restrictions fédérales sur une question de capacité (p. ex. les lois provinciales reliées aux degrés prohibés de consanguinité qui vont au-delà des exigences fédérales), la loi provinciale a été déclarée inconstitutionnelle.

Lorsque le Parlement du Canada n'a pas adopté de législation pour traiter de questions particulières reliées à la capacité, les exigences peuvent découler de la common law fédérale. Dans le contexte des rapports entre personnes du même sexe, les tribunaux ont confirmé la restriction apparente qu'impose la common law, à savoir que le mariage n'est accessible qu'aux

couples constitués d'une personne de chaque sexe. Cela pourrait toutefois faire l'objet d'un changement, soit par le moyen d'une évaluation judiciaire de la common law qui porte sur le mariage ou par le moyen d'une contestation de la restriction imposée par la common law en vertu de la Charte. Une législation fédérale qui mettrait fin à la restriction qui permet le mariage pour les seuls couples constitués d'une personne de chaque sexe semble invraisemblable si l'on tient compte des déclarations fédérales répétées qui confirment que le mariage s'applique uniquement à ces couples.

Certaines lois canadiennes, tant fédérales que provinciales, ont été modifiées pour étendre plusieurs des droits et des responsabilités reliés au mariage aux couples constitués de personnes du même sexe. Cette première barrière qui bloquait la voie à l'égalité des couples constitués de personnes du même sexe a été éliminée grâce à une combinaison d'arrêts des tribunaux et de mesures législatives. L'égalité en matière de statut n'a pas encore été reconnue. Cependant, à ce jour, certains gouvernements ont préféré adopté une terminologie ou des régimes législatifs différents plutôt que de traiter directement les couples constitués de personnes du même sexe sur un pied d'égalité avec les couples mariés ou de régler la question de l'exclusion des premiers de l'institution du mariage.

En vertu d'une analyse du partage des pouvoirs, les gouvernements sont en mesure de modifier des lois particulières qui relèvent de leur compétence pour traiter les couples constitués de personnes du même sexe sur un pied d'égalité. De nouveaux mécanismes plus complets peuvent toutefois faire l'objet d'une contestation de leur constitutionnalité, particulièrement si le Parlement du Canada cherchait à mettre sur pied un autre régime de mariage, qui pourrait être considéré par les tribunaux comme étant d'un caractère véritable qui relève davantage de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils que de la compétence fédérale en matière de mariage. Dans la même veine, les tentatives de certaines provinces (notamment le Québec et l'Alberta) d'interdire le mariage entre personnes

du même sexe seront inévitablement considérées inconstitutionnelles en tant que tentatives d'usurper la compétence fédérale en matière de capacité de se marier.

Ces questions sont d'ailleurs déjà devant les tribunaux et nous pouvons nous attendre, dans les années à venir, à une clarification de ces questions importantes qui touchent directement au partage du pouvoir législatif en matière de mariage.

BIBLIOGRAPHIE

Lois et projets de loi

Projet de loi 5, *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.* S.O. 1999, c. 6.

Projet de loi 32, *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, 1re Sess., 36e Lég., Québec, S.Q. 1999, c. 14, sanction royale le 16 juin 1999.

Projet de loi C-23, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* (adopté par la Chambre des communes, 11 avril 2000).

Projet de loi C-385, *Loi modifiant la Loi sur le mariage (degrés prohibés)* (1re session, 36e Parl., 1997).

Child Welfare Act, R.S.A. 1980, c. 8.

Code civil du Québec, 1995 (3e édition), Les Éditions Yvon Blais.

Loi constitutionnelle de 1867 (RU), 30 et 31 Victoria, c. 3.

Code criminel du Canada, R.S.C. 1985, c. C-46.

Definition of Spouse Amendment Act, 1999, S.B.C. 1999, c. 29.

Definition of Spouse Amendment Act, 2000, S.B.C. 2000, c. 24.

Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1970, c. 128.

Loi sur le divorce, R.S.C. 1985 (2e Supp.), c. 3, modifiée R.S.C. 1985, c. 27 (2e Supp.),s. 10 et S.C. 1990, c. 18.

Loi sur les droits de la famille, L.R.O. 1990, c. F.3.

Family Relations Amendment Act 1997, S.B.C. 1997, c. 20, en vigueur à compter du 4 février 1998.

Loi sur les biens matrimoniaux, R.S.M. 1987, c. M45.

Marriage Act, R.S.A. 1970, c. 226.

Marriage Act, R.S.B.C. 1948, c. 201.

Marriage Act, R.S.B.C. 1979, c. 251.

Marriage Act, R.S.B.C. 1996, c. 282.

Loi sur le mariage, R.S.C. 1906, c. 105.

Loi sur le mariage, R.S.M. 1987, c. M-50.

R.S.N.B 1996, c. M-3.

Loi sur le mariage, R.S.N.T. 1988, c. M-4.

Loi sur le mariage, L.R.O. 1927, c. 181.

Loi sur le mariage, L.R.O. 1937, c. 207.

Loi sur le mariage, L.R.O. 1990, c. M.3.

Marriage Act, R.S.P.E.I. 1988, c. M-3.

Loi sur le mariage, R.S.Y. 1986, c. 110.

Marriage Act, S.A. 1999, c. M-6.

Marriage Act, 1995, S.S. 1998, c. M-4.1.

Loi sur le mariage (degrés prohibés), S.C. 1990, c. 46.

Pension Benefits Standards Amendment Act, 1999, S.B.C. 1999 c. 41 - projet de loi 58.

Pensions Statute Amendment Act (No. 2) 1998, S.B.C. 1998, c. 40.

Loi sur la pension de la fonction publique, Loi modifiant la, projet de loi C-78, sanction royale le 14 septembre 1999.

Solemnization of Marriage Act, R.S.A. 1942, c. 303.

Solemnization of Marriage Act, R.S.N. 1990, c. S-19.

Solemnization of Marriage Act, R.S.N.S. 1989, c. 436.

Jurisprudence

A.-G. Alta. v. *A.-G. Can. (Alta. Bill of Rights)*, [1947] A.C. 503.

Procureur général du Canada c. Moore & Akerstrom, [1998] 4 C.F. 585 (CFSPI).

Procureur général [Alberta) c. Underwood, [1934] R.C.S. 635.

Alspector v. *Alspector*, [1957] O.R. 454 (C.A.).

Ardasser Cursetjee v. *Perozeboye* (1856) 10 Moo. P.C. 375.

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121.

Baker v. *State of Vermont* 744 A. 2d 864 (1999), (Vermont Sup. Ct).

BisailloN c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60.

Brown v. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

C.(L.) v. *C.(C.)* (1992), 10 O.R. (3d) 254.

Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan, [1980] 1 R.C.S. 433.

Cheni v. *Cheni*, [1962] 3 All E.R. 873 (P. Div.).

Syndicat des travailleurs et travailleuses en communication et en électricité du Canada c. Canada (AG), [1988] F.C.J. No. 319 en ligne : QL (CJ).

Construction Montcalm c. Minimum Wage Commission, [1979] 1 R.C.S. 754.

Corbett v. *Corbett (Ashley) (No. 2)* [1970] 2 All E.R. 33.

D. v. *D.*, [1973] 3 O.R. 82 (H.C.).

De Reneville v. *De Reneville*, [1948] 1 All E.R. 56.

Delgamuukw v. *British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.).

Durham v. *Durham*, (1885), 10 P.D. 80.

Egan c. Canada, [1993] 3 C.F. 401.

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513.

Foster v. *Foster*, [1953] 2 D.L.R. 318.

Fulton c. Alberta (Energy Resources Conservation Board), [1981] 1 R.C.S. 153.

General Motors c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

Gilham v. *Steele*, [1953] 2 D.L.R. 89 (B.C.C.A.).

Great Canadian Casino Co. Ltd. v. *Surrey (City)*, [1999] 3 W.W.R. 13 (B.C.S.C.).

Helens c. Densmore, [1957] R.C.S. 768.

Hendricks et LeBoeuf c. Procureur général du Québec (déposée le 14 septembre 1998, Cour supérieure du Québec).

Hobson v. *Gray* (1958), 13 D.L.R. (2d) 404 (Alta S.C.).

Hodge v. *The Queen*, [1883] 9 A.C. 117 (P.C.).

Hyde v. *Hyde & Woodmansee* (1866), L.R. 1 P&D 130.

Kerr c. Kerr, [1934] R.C.S. 72.

Layland v. *Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*, (1993), 14 O.R. (3d) 658; 104 D.L.R. (4th) 214 (Div. Ct.).

Legebokoff v. *Legebokoff et al* (1982), 136 D.L.R. (3d) 566.

Loving v. *Virginia* 18 L. Ed. 2d. 1012 (U.S.S.C.).

M. c. H. (1999), 171 D.L.R. (4th) 577 (C. S.C.); [1999] 2 S.3.

M.T. v. *J.T.* 355 A. 2d 204 (1976).

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba, [1999] 2 R.C.S. 961.

Meadow Creek Farms Ltd. v. *Surrey* (1978), 89 D.L.R. (3d) 47 (B.C.C.A.).

Miron c. Trudel, [1995] 2 S.418.

Moge c. Moge, [1992] 3 R.C.S 813.

Multiple Access c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S 161.

Naim v. *Naim* 87 S.E. 2d. 749 (1955).

Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare), [1976] 2 R.C.S. 751.

Norman v. *Norman*, (1979), 9 R.F.L. (2d) 235 (Ont U.F.C.).

Propane Gas Association of Canada v. *North Vancouver* (1989), 42 M.P.L.R. 29 (B.C.S.C).

R. v. *Cogley* (1989), 41 A. Crim. R. 198.

R. v. *Harris and McGuinness* (1988), 17 N.S.W.L.R. 158.

R. v. *Lenart* (1998), 39 O.R. (3d) 55.

R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S 463.

R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S 654.

R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S 933.

Re Broddy et al. and Director of Vital Statistics, (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.).

Re Christians and Hill (1981), 123 D.L.R. (3d) 471 (Alta. Q.B.).

Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services [1992] 2 R.C.S. 445.

Re Hassan and Hassan, (1976), 12 O.R. (2d) 432 (Haute Cour de justice de l'Ontario).

Re the Marriage Law of Canada, [1912] A.C. 880 (P.C.).

Re North et al. and Matheson (1974), 20 R.F.L. 112; 52 D.L.R. (3d) 280 (Co. Ct. Winn.).

Re Schepull and Bekeschus and The Provincial Secretary, [1954] O.R. 67 (S.C.).

Reference re Constitution Act (U.K.), ss. 91, 92, [1991] 4 W.W.R. 193.

Ross v. *MacQueen*, [1948] 2 D.L.R. 536 (Alta. S.C.).

Ross c. Régistraire des véhicules automobiles, [1975] 1 R.C.S. 5.

Scott v. *State* 39 Ga. 321 (1869).

Secretary, Department of Social Security v. *S.R.A.* (1993), 118 A.L.R. 467 (F.C.A.).

Smith c. La Reine, [1960] R.C.S. 776.

Sottomayor v. *De Barros* (1877), 3 Prob. Div. 1.

State v. *Jackson* 80 Mo. 175 (1883).

Teagle v. *Teagle*, [1952] 3 D.L.R. 843 (B.C.S.C.).

Tice v. *Tice*, [1937] O.R. 233, aff'd [1937] 2 D.L.R. 591 (C.A.).

Union Colliery Co. of British Columbia v. *Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.).

Warrender v. *Warrender* (1835), 2 Cl. & F 531; 6 E.R. (H.L.) 1239.

Whitbread c. Walley, [1990] 3 R.C.S. 1273.

Windermere Watersport Inc. v. *Invermere (District)* [1989] B.C.J. no. 863 (C.A.) en ligne : QL (CJ).

Livres, articles et autres documents

APPLEBAUM, H. M. *Miscegenation Statutes: A Constitutional and Social Problem*, (1964) 53 Geo. L.J. 49.

« Attorney-General's Statement on Same Sex Marriages », bureau du Procureur général de la Colombie-Britannique, publié le 26 mai 2000.

BALA, N. Programme et documents de la conférence, Domestic Partnerships Conference, Queen's University, commanditée en partie par la Commission du droit du Canada, 21-23 octobre 1999.

BREITKREUZ, G. *Breitkreuz renames Bill C-23 the Death of* Marriage Act, communiqué de presse, 2 mars 2000.

LAW INSTITUTE de la Colombie-Britannique, *Report on Recognition of Spousal and Family Status, Executive Summary*, http://www.bcli.org.

COSSMAN, B. et RYDER. B. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1993).

FODDEN, S. et FINE, J. David. *Annulment of Marriage for Impotence in the Common Law of Canada* (1973) 8 R.F.L. 129.

Gay & Lesbian Advocates & Defenders, *Vermont House Gives Final Approval to Civil Union Bill*, communiqué de presse, 25 avril 2000.

Hansard, Débats de la Chambre des communes (8 juin 1999).

Hansard, Débats de la Chambre des communes (15 février 2000).

Hansard, Comité permanent de la justice et des droits de la personne (29 février 2000).

Hansard, Comité permanent de la justice et des droits de la personne (23 mars 2000).

HOGG, P.W. *Constitutional Law of Canada*, édition pour étudiants 1998, Toronto, Carswell, 1998.

HOGG, P.W. *Constitutional Law of Canada*, Vol. 1, édition à feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1999.

KATZ, L. « The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage » (1975) 7 Ottawa L. Rev. 384.

Assemblée législative, *Hansard de l'Ontario* (27 octobre 1999).

OTTAWA CITIZEN, « Vermont okays gay 'unions' », 20 avril 2000, E8.

WINTEMUTE, R. « Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same Sex Couples and the Charter in *Mossop*, *Egan* and *Layland* » (1994) 39 McGill L.J. 429.